

Sygn. akt: KIO/UZP 164/10

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 12 marca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Luiza Łamejko**

**Członkowie:** **Emil Kuriata**

**Jolanta Markowska**

**Protokolant:** **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 12 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A., 81-038 Gdańsk, ul. Hutnicza 35** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Puck, 84-100 Puck, ul. 10 Lutego 29** protestu z dnia 11 stycznia 2009 r.

**postanawia:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A., 81-038 Gdańsk, ul. Hutnicza 35 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 wykonawcę **Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A., 81-038 Gdańsk, ul. Hutnicza 35,**

- 2) dokonać zwrotu **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A., 81-038 Gdańsk, ul. Hutnicza 35.**

## Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Gmina Puck prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę ścieżki rowerowej na trasie linii kolejowej Swarzewo-Krokowa.

W dniu 4 stycznia 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Marcin Zieleniewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Drogowych JMZ i Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o.

W dniu 11 stycznia 2010 r. (pismem z dnia 8 stycznia 2010 r.) protest wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej wniósł wykonawca Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp.

Odwołujący podniósł, że wbrew wymogowi postawionemu przez Zamawiającego w rozdziale 10 pkt 1.1 ppkt 4) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Marcin Zieleniewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Drogowych JMZ i Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. złożyli kosztorys ofertowy nie zawierający podstawy wyceny oraz tabeli elementów scalonych. Odwołujący zwrócił uwagę, że kosztorys ofertowy wraz z tabelą elementów scalonych nie jest dokumentem, o którym mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605 z późn. zm.), zatem nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Pominięcie ww. elementów kosztorysu nie może zostać poprawione, zdaniem Odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał ponadto, że wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. nie wykazał, że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zobowiązania - wykonawca zalega z ciążącymi na nim zobowiązaniami wobec Skarbu Państwa z tytułu umowy leasingu przedsiębiorstwa. Odwołujący oświadczył, że zwrócił się do Delegatury Ministra Skarbu Państwa w Gdańsku w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej o potwierdzenie ww. okoliczności.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Marcin Zieleniewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Drogowych JMZ i Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. i odrzucenie złożonej przez nich oferty,
- powtórne dokonanie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 20 stycznia 2010 r. (pismem z dnia 19 stycznia 2010 r.) przez jego oddalenie w całości. W ocenie Zamawiającego, treść oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Marcin Zieleniewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Drogowych JMZ i Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. w pełni odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający stwierdził, że ww. wykonawcy podali w złożonym kosztorysie podstawę wyceny - specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót. Dodatkowo, jak zauważył Zamawiający, ww. wykonawcy na wezwanie z dnia 15 stycznia 2010 r. uzupełnili tabelę elementów skalonych. Zdaniem Zamawiającego, uzupełnienie tego dokumentu nie ma istotnego wpływu na cenę złożonej oferty.

Zamawiający wyjaśnił, że na podstawie uzupełnionej tabeli elementów skalonych oraz załączonych do oferty: oświadczenia, że firma znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zaświadczenia o nie zaleganiu w podatkach lub stwierdzającego stan zaległości oraz zaświadczenia o nie zaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne ocenił, że oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Marcin Zieleniewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Drogowych JMZ i Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. spełnia wymogi stawiane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Z rozstrzygnięciem tym nie zgodził się Odwołujący wnosząc w dniu 24 stycznia 2010 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty podniesione w proteście.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Marcin Zieleniewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Drogowych JMZ i Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o.,

- wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Marcin Zieleniewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Drogowych JMZ i Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. i odrzucenia oferty ww. wykonawców jako niezgodnej i nie spełniającej warunków określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- powtórzenia czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści odwołania oraz oświadczeń Stron złożonych podczas posiedzenia Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem postępowania, którego dotyczy rozpoznawane odwołanie są roboty budowlane, których szacunkowa wartość wynosi, zgodnie z protokołem ZP-2 3 278 327,05 zł, co stanowi 845 561,64 euro tj. wartość nie przekraczającą kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 listopada 2009 r. pod pozycją 398076-2009.

Biorąc powyższe po uwagę, Izba zważyła:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 w zw. z art. 184 ust. 1 a ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 184 ust. 1a ustawy Pzp odwołanie od rozstrzygnięcia protestu w przypadku postępowań o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp 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 oraz wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty.

Dokonując analizy przesłanek wskazanych w art. 184 ust. 1 a pkt 3 i 4 przywołanego przepisu ustawy Pzp Izba uznała, że ustawodawca dopuścił wniesienie odwołania w postępowaniach, których wartość jest mniejsza niż progi unijne wyłącznie w odniesieniu do czynności bezpośrednio godzących w najistotniejsze interesy danego wykonawcy korzystającego z tego środka ochrony prawnej i polegających m.in. na wykluczeniu tego wykonawcy z udziału w postępowaniu lub odrzuceniu jego oferty. Aby móc skorzystać ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie w postępowaniach poniżej progów unijnych

należy zatem wskazać naruszenie przepisów ustawy przy podjęciu przez zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty, ale wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej a nie innego wykonawcy, biorącego udział w postępowaniu. Na powyższe wskazuje okoliczność, że ustawodawca pod pojęciem czynności zamawiającego nie obejmuje zaniechań, czyniąc z nich odrębną kategorię zachowań mających znaczenie prawne, co wynika z treści art. 180 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe potwierdza również treść uzasadnienia do projektu zmiany ustawy Pzp, w którym stwierdzono, że celem nowelizacji było wprowadzenie ochrony prawnej dla zamawiających w przypadku zamówień na roboty budowlane do progu 5 150 000 euro, polegającej na „wylimitowaniu 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.”. Pogląd ten podzielił również Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze w wyroku z dnia 24 marca 2009 roku, w sprawie o sygn. akt V Ga 13/09.

Biorąc pod uwagę, że wartość zamówienia, którego dotyczy przedmiotowe odwołanie jest mniejsza niż kwota określona w § 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 grudnia 2007 roku w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 241, poz. 1762 z późn. zm.) oraz fakt, że zarzuty Odwołującego odnoszą się do innych niż wymienione w art. 184 ust. 1 a ustawy Pzp czynności, Izba uznała, że zachodzi przesłanka określona w art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Pzp, skutkująca koniecznością odrzucenia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp

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 **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....