

POSTANOWIENIE
z dnia 11 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 11 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SEKISUI SPR Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Fordońska nr 393, 85–766 Bydgoszcz (lider Konsorcjum), SEKISUI SPR Austria GmbH (członek Konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Budowlano-Melioracyjne „TOLOS” P..... W..... i Wspólnicy Sp.k. z siedzibą w Żorach (członek Konsorcjum),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Górnośląskie Przedsiębiorstwo Wodociągów Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, ul. Wojewódzka 19, 40 – 026 Katowice,**

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SEKISUI SPR Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Fordońska nr 393, 85–766 Bydgoszcz (lider Konsorcjum), SEKISUI SPR Austria GmbH (członek Konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Budowlano-Melioracyjne „TOLOS” P..... W..... i Wspólnicy Sp.k. z siedzibą w Żorach (członek Konsorcjum), i:**
- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SEKISUI SPR Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Fordońska nr 393, 85–766 Bydgoszcz**

(lider Konsorcjum), SEKISUI SPR Austria GmbH (członek Konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Budowlano-Melioracyjne „TOLOS” P..... W..... i Wspólnicy Sp.k. z siedzibą w Żorach (członek Konsorcjum), tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SEKISUI SPR Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Fordońska nr 393, 85–766 Bydgoszcz (lider Konsorcjum), SEKISUI SPR Austria GmbH (członek Konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Budowlano-Melioracyjne „TOLOS” P..... W..... i Wspólnicy Sp.k. z siedzibą w Żorach (członek Konsorcjum), kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1554/14

Uzasadnienie

Górnośląskie Przedsiębiorstwo Wodociągów Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach [zwane dalej: „zamawiającym”], prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: *Modernizacja wodociągu DN 600mm Maczki – Zagórze, etap 2-gi, od ul. Rydza Śmigłego do rzeki Bobrek w Sosnowcu.*

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą P.z.p.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 kwietnia 2014 roku pod numerem 145038 – 2014.

Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SEKISUI SPR Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Fordońska nr 393, 85–766 Bydgoszcz (lider Konsorcjum), SEKISUI SPR Austria GmbH (członek Konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Budowlano-Melioracyjne „TOLOS” P..... W..... i Wspólnicy Sp.k. z siedzibą w Żorach (członek Konsorcjum) – [zwanym dalej łącznie „odwołującym”], wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2014 roku.

W odwołaniu odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie w zakresie dołożenia należytej staranności w ocenie otrzymanych dokumentów, które w postępowaniu mają szczególnie istotne znaczenie, ponieważ potwierdzają warunki udziału w postępowaniu,
- art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. poprzez uznanie przekazanego zaświadczenia o niekaralności za wystarczającą przesłankę do wykluczenia wykonawcy bez dodatkowego badania.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania;

- 2) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu przetargu;
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny oferty i wyboru oferty złożonej przez odwołującego;
- 4) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w dniu 18 czerwca 2014 roku został wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia braków formalnych poprzez złożenie aktualnej informacji z KRK w zakresie przewidzianym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy P.z.p., tj. informacji o niekaralności wobec członka zarządu SEKISUI SPR Austria GmbH – M..... S..... . Odwołujący podniósł, że dokonał uzupełnienia ww. dokumentu datowanego na dzień 3 czerwca 2014 roku, lecz zamawiający uznał, że dokument ten potwierdza niekaralność członka zarządu dopiero od dnia 3 czerwca 2014 roku, a nie na dzień 28 maja 2014 roku, kiedy to upłynął termin składania ofert. Odwołujący wskazał, że nie jest możliwe uzyskanie z Federalnej Dyrekcji Policji w Wiedniu zaświadczenia o niekaralności z datą wsteczną przed dniem złożenia stosownego wniosku. W jego ocenie dokument wydany w dniu 3 czerwca 2014 roku będzie obejmował swoim zakresem również dzień 28 maja 2014 roku oraz w konsekwencji będzie obejmował identyczne informacje jak dokument wydany w dniu 28 maja 2014 r. Skoro z zaświadczenia wynika, że M..... S..... nie figurował w kartotece skazanych na dzień 3 czerwca 2014 roku, to tym bardziej nie figurował w nim na dzień 28 maja 2014 roku, tj. na dzień otwarcia ofert.

W dniu 8 sierpnia 2014 roku zamawiający – za pośrednictwem faksu – przesłał do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p., gdyż w jego ocenie odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, ze względu na brak umocowania do wniesienia odwołania. Ponadto, ustosunkował się do zarzutów merytorycznych odwołania.

Zamawiający w dniu 11 sierpnia 2014 roku w toku posiedzenia oświadczył, że przedmiotem zamówienia jest zamówienie sektorowe, a z uwagi na fakt, iż wartość szacunkowa zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p., to w tym przypadku wyłączone jest stosowanie przepisów ustawy P.z.p.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Odnosząc się do kwestii przesłanek odrzucenia odwołania określonych w art. 189 ust. 2 ustawy P.z.p., stanowiących jednocześnie negatywne przesłanki procesowe, uniemożliwiające rozpoznanie odwołania co do meritum, Izba ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła brak podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p., który stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. W ocenie Izby odwołanie zostało wniesione przez osobę należycie do tego umocowaną, co też wynikało z zakresu pełnomocnictw przedłożonych do akt sprawy.

Ponadto, Izba rozważyła czy nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p., stwierdzając, co następuje.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, których wartość oszacowano na kwotę 5 016 960,85 zł, co stanowi równowartość 1 187 474,46 euro, co wynika z protokołu postępowania.

Zgodnie z art. 132 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. przepisy rozdziału 5 ustawy P.z.p. stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3, i ich związki oraz przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4, (*zamówienia sektorowe*), z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt 5, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania działalności w postaci tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami.

Izba ustaliła, że zamawiający jest zamawiającym sektorowym, a przedmiot zamówienia jest realizowany w celach, o których mowa w art. 132 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. Powyższe wynika także z ogłoszenia o zamówieniu, gdzie wskazując rodzaj zamawiającego podano określenie „*sektor wodny*”.

Zamawiający w toku posiedzenia w dniu 11 sierpnia 2014 roku oświadczył, że przedmiotowe zamówienie nie jest częścią większego zamówienia realizowanego przez zamawiającego, lecz jest całkowicie samodzielnym i odrębnym zamówieniem. Z protokołu postępowania także nie wynika, że miałyby być to zamówienie udzielane w częściach. Zamawiający wskazał, że etap I modernizacji został zakończony w grudniu 2012 roku, a jego wartość opiewała na kwotę 400 000 zł. Następne etapy według oświadczenia zamawiającego nie są planowane.

Mając powyższe na uwadze, nawet gdyby przyjąć, że etap 2, to część większego zamówienia, w ramach, którego realizowany był także etap 1, to i tak wartość zamówienia nie przekroczyłaby progów, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p.

Stosownie bowiem do § 1 pkt 3 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 roku w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej [Dz. U. z 2013 r., poz. 1735], ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień sektorowych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5.186.000 euro - dla robót budowlanych.

W sytuacji, gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p., to wówczas do zamówień sektorowych nie mają zastosowania przepisy ustawy P.z.p., co wynika bezpośrednio z treści art. 133 ust. 1 ustawy P.z.p., stanowiącego, iż do udzielania zamówień sektorowych ustawę stosuje się, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Natomiast, nie ma żadnego wpływu na uprawnienia wykonawcy co do możliwości składania środków odwoławczych okoliczność, że zamawiający z własnej inicjatywy i dobrowolnie stosuje określony tryb i zasady postępowania wynikające przepisów ustawy P.z.p.

Na marginesie Izba wskazuje, że zamawiający w treści ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych, błędnie wskazał, że zamieszczenie ogłoszenia jest obowiązkowe, co mogło wprowadzić wykonawców w błąd. Niemniej jednak, nie rodzi to po stronie wykonawców uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych dla postępowań, w których stosowanie przepisów ustawy P.z.p. jest obligatoryjne.

Przepis art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p. stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 133 ust. 1 ustawy P.z.p., Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p. oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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:

