

POSTANOWIENIE
z dnia 30 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 30 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2012 r. przez wykonawcę: **Zakład Produkcyjno – Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. w Międzyrzeczu (66-300), ul. Zakaszewskiego 4** w postępowaniu prowadzonym przez **Okręgowe Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. w Gdyni (81-213), ul. Opata Hackiego 14**

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Zakład Produkcyjno – Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. w Międzyrzeczu (66-300), ul. Zakaszewskiego 4** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Zakład Produkcyjno – Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. w Międzyrzeczu (66-300), ul. Zakaszewskiego 4** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawcy: **Zakład Produkcyjno – Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. w Międzyrzeczu (66-300), ul. Zakaszewskiego 4** na rzecz zamawiającego: **Okręgowe Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. w Gdyni (81-213), ul. Opata Hackiego 14** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
3. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **Zakład Produkcyjno – Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. w Międzyrzeczu (66-300), ul. Zakaszewskiego 4** kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Przebudowa oraz remont osiedlowej sieci ciepłowniczej od komory K-325 do stacji wymienników przy ul Biskupa Dominika w Gdyni” zostało wszczęte przez Okręgowe Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. w Gdyni, zwaną dalej Zamawiającym. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2012/S 11-017625) w dniu 18 stycznia 2012 r.

Pismem z dnia 12 marca 2012 r., przesłanym tego samego dnia faksem oraz pocztą elektroniczną, Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 22 marca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione w formie pisemnej przez wykonawcę: Zakład Produkcyjno – Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. w Międzyrzeczu, zwanego dalej Odwołującym.

Oferta złożona przez Odwołującego w ostatecznym rankingu ofert, ustalonym w wyniku dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert na podstawie kryterium ceny, została sklasyfikowana przez Zamawiającego na pozycji trzeciej. W ocenie Odwołującego oferty, którym przypisano pozycję pierwszą (oferta najkorzystniejsza) oraz drugą, powinny zostać przez Zamawiającego odrzucone, zaś wykonawcy, którzy je złożyli, powinni zostać wykluczeni z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Opierając się na tych twierdzeniach zarzucał on Zamawiającemu naruszenie wyszczególnionych w odwołaniu przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Uwzględniając tak postawione zarzuty, Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Izba uznała, że rozpoznawane odwołanie podlega odrzuceniu.

Izba ustaliła, na podstawie analizy dokumentów zebranych w sprawie, a w szczególności w oparciu o treść pisemnego protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, iż szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 2 137 736,37 zł, co przy uwzględnieniu średniego kursu złotego w stosunku

do euro ustalonego Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz.U. Nr 282 poz. 1650), stanowi równowartość kwoty 531 828,13 Euro. Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w zachowaniu formy pisemnej. Ponadto zgodnie z art. 96 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający sporządza pisemny protokół. Zamawiający odpowiedni protokół postępowania o udzielenie zamówienia sporządził. Zawarł w nim powołaną informację o wartości zamówienia. Co ważne, informacja o tej samej treści zawarta została w pkt II.2.1) ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Jednocześnie w toku posiedzenia Izby z udziałem Stron Zamawiający oświadczył, iż wartość zadania inwestycyjnego („Termomodernizacja sieci ciepłowniczej na terenie miast Gdynia i Rumia”), którego częścią jest to właśnie zamówienie, przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Nie określił jednak dokładnie tej wartości. Wyjaśnił ponadto, iż wartość zamówienia ujawniona w protokole postępowania została ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego stanowiącego wycenę pełnego zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia. Kosztorys ten został sporządzony na podstawie projektu budowlanego załączonego do SIWZ, jako elementu opisu przedmiotu zamówienia. Projekt ten nosił tytuł „Przebudowa oraz remont osiedlowej sieci ciepłowniczej od komory K-325 do stacji wymienników przy ul. Biskupa Dominika w Gdyni”. Co ważne, Zamawiający oświadczył, iż kolejne prace realizowane w ramach powoływanego wyżej zadania inwestycyjnego realizowane będą etapami w okresie 4 lat. Tak też etapami będą sporządzane przez niego kolejne dokumentacje projektowe opisujące roboty budowlane, których wykonanie będzie on zlecał w ramach tegoż zadania inwestycyjnego.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała za istotną dla rozstrzygnięcia treść pisemnego protokołu postępowania o udzielenie zamówienia oraz zakres prac objęty kosztorysem inwestorskim (tożsamy z przedmiotem zamówienia opisanym w SIWZ). Skład orzekający stwierdził bowiem, iż analiza dokumentacji postępowania nie pozostawia wątpliwości, że Zamawiający ustalił wartość przedmiotu zamówienia na kwotę ujawnioną w tym protokole, tj. na 2 137 736,37 zł netto. Izba przedłożyła tym samym treść pisemnego protokołu postępowania, a także okazanego Izbie kosztorysu inwestorskiego, nad treść ustnego oświadczenia Zamawiającego złożonego w trakcie posiedzenia niejawnego Izby z udziałem Stron, które to oświadczenie nie zostało poparte żadnymi dowodami.

Powołana wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z § 1 pkt 3) lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz.U. Nr 282 poz. 1649) dla robót budowlanych, powołaną kwotę określono na poziomie 5 000 000 Euro.

Analiza dokumentacji nie pozostawia wątpliwości, iż zamówienie udzielane przez Zamawiającego jest zamówieniem sektorowym w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Okoliczność ta nie była kwestionowana przez strony. Zgodnie z art. 133 ust. 1 ustawy Pzp 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 ustawy Pzp. Tym samym, aby przepisy ustawy miały zastosowanie do tego postępowania, jego wartość powinna być równa lub przekraczać kwotę 5 000 000 Euro. W rozpoznawanym przypadku stanowi ona równowartość jedynie 531 828,13 Euro.

Kierując się tak dokonanymi ustaleniami, Izba uznała, iż w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp, tym samym odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp.

Na dokonane przez Izbę rozstrzygnięcie, wpływu nie może mieć fakt, iż ogłoszenie o udzieleniu zamówienia opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zgodnie bowiem z art. 12 ust. 5 ustawy Pzp, Zamawiający może przekazać Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie, którego publikacja ze względu na wartość zamówienia nie jest obowiązkowa. Dlatego też sam fakt ukazania się ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nie może być traktowany przez Wykonawców, jako wiążące wskazanie na przepisy mające zastosowanie do sprawy, która ich dotyczy.

W świetle obowiązujących przepisów, to wartość zamówienia, ustalona przez Zamawiającego i upubliczniona w protokole postępowania o udzielenie zamówienia, jest, tak dla Zamawiającego, jak i dla Wykonawców, podstawą dla ustalenia zakresu prawa do wnoszenia odwołań od czynności Zamawiającego. W rozpoznawanym przypadku wartość ta, przesądza wręcz o obowiązku stosowania ustawy Pzp. Wartość ta warunkuje również terminy, w jakich odwołanie to można wnieść. Tak art. 180 ust. 2 i 5, jak i art. 182 ust. 1 ustawy Pzp, wskazują na wartość zamówienia, jako na rozstrzygającą o zakresie prawa do wniesienia odwołania od poszczególnych czynności Zamawiającego, a także o terminach na wniesienie takiego odwołania. W przepisach tych ustawodawca nie poczynił żadnego zastrzeżenia, iż na ocenę powyższego wpływ może mieć

opublikowanie przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu w innym publikatorze, niż jest to z zasady właściwe dla zamówień o danej wartości. Analogiczne wnioski należy wywieść w odniesieniu do zawarcia przez Zamawiającego w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia niewłaściwego pouczenia Wykonawców o przysługujących im prawach w zakresie wnoszenia środków ochrony prawnej.

Odwołujący, jako profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego – przedsiębiorca, powinien znać przepisy prawa rozstrzygające o przysługujących mu uprawnieniach, w tym również powyżej przywołane przepisy ustawy Pzp. Powinna być mu również znana kwota, na jaką Zamawiający ustalił wartość zamówienia (informacja ta zawarta była już w ogłoszeniu o zamówieniu), i jaką to kwotę Zamawiający upublicznił w protokole postępowania o udzielenie zamówienia. Okoliczność, iż Odwołujący zapoznał się z treścią dokumentacji postępowania, wynika z analizy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego. W odpowiedzi na pismo tegoż Wykonawcy z dnia 12 marca 2012 r., Zamawiający w dniu 15 marca 2012 r. udostępnił mu do wglądu dokumentację postępowania. Fakt ten został potwierdzony przez Odwołującego w toku posiedzenia Izby.

Uwzględniając powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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), a w szczególności § 5 ust. 3 pkt 2) tegoż rozporządzenia. Zgodnie z powołanym przepisem, w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę, Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego m.in. koszty wynagrodzenia pełnomocników, jednak nie więcej niż kwotę 3 600 zł.

Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane, wynosi 10 000 zł. W powołanej sprawie wartość przedmiotu zamówienia została ustalona na kwotę 2 137 736,37 zł, co stanowi równowartość 531 828,13 Euro. Kwota ta jest mniejsza od kwoty 5 000 000 Euro. Tym samym Odwołujący wnosząc odwołanie, mając na uwadze ustaloną przez Zamawiającego wartość przedmiotu zamówienia, zobowiązany był wnieść wpis w kwocie 10 000 zł, podczas gdy wniósł z tego tytułu kwotę 20 000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nakazała Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 10 000 zł nadpłaconej z tytułu wpisu.

Przewodniczący: