

Sygn. akt: KIO/UZP 616/10

POSTANOWIENIE
z dnia 28 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Członkowie: **Robert Skrzyszewski**

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 28 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **AB Kujawy Sp. z o.o., ul. Laubitza 18, 88-100 Inowrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Gniewkowo**

postanawia:

1. Odrzucić odwołanie,

2. kosztami postępowania obciążyć **AB Kujawy Sp. z o.o., ul. Laubitza 18, 88-100 Inowrocław**

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 uiszczanego przez **AB Kujawy Sp. z o.o., ul. Laubitza 18, 88-100 Inowrocław,**

- 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 **AB Kujawy Sp. z o.o., ul. Laubitza 18, 88-100 Inowrocław.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, gmina Gniewkowo, ustalił wartość zamówienia na kwotę 2.001.873,35 zł netto, co stanowi równowartość 512.456,98 Euro. Ustalenia wartości dokonano na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzonego przez p. Romana B.

W dniu 28 stycznia 2010 r., mając na względzie te ustalenia, wszczął postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego na zadanie „*Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego–socjalnego z placem zabaw dla dzieci w miejscowości Lipie*” poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie, na stronie internetowej oraz w Biuletynie Zamówień publicznych.

Przed upływem terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęło 13 ofert. Ofertę nr 3 złożyło konsorcjum wykonawców w składzie: AB Kujawy Sp. z o.o., ul. Laubitza 18, 88-100 Inowrocław (Lider), Adrian Łukasiewicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Adrian Łukasiewicz, Płonkówko 37, 88-111 Rojewo oraz Dariusz Cichowlas prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Tynk-Bud Dariusz Cichowlas, ul. Kujawska 18/45, 88-153 Kruszwica.

Zamawiający w dniu 1 kwietnia 2010 r. poinformował za pośrednictwem faksu powołanych Wykonawców, o wynikach postępowania. Pozostali Wykonawcy otrzymali tę informację w dniach 1 i 2 kwietnia 2010 r.

W dniu 12 kwietnia 2010 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wniesione przez AB Kujawy Sp. z o.o. Zostało ono złożone w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 6 kwietnia 2010 r. Odwołanie podpisał p. Przemysław S., Prezes Zarządu, ujawniony w załączonej do odwołania kopii odpisu z KRS i upoważniony wg niej do jednoosobowej reprezentacji AB Kujawy Sp. z o.o.

Zamawiający otrzymał kopię odwołania na piśmie w dniu 7 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym z udziałem pełnomocników stron, na podstawie oświadczeń stron złożonych w trakcie postępowania odwoławczego, a także oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm. - zwanej dalej ustawą Pzp), jako odwołanie, które nie zostało poprzedzone protestem, a ponadto na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3) i 8) ustawy Pzp, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony oraz z uwagi na okoliczność, iż dotyczy czynności innych niż wymienione w art. 184 ust. 1a ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że Zamawiający w dniu 28 stycznia 2010 r. zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie, na stronie internetowej oraz w Biuletynie Zamówień publicznych.

Izba podzieliła pogląd wyrażony w opinii prawnej *Moment wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego* zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, według której wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne następuje w dniu uzewnętrznienia woli Zamawiającego. Tym samym w ocenie Izby w niniejszej sprawie, prowadzonej w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z art. 40 ust. 1 ustawy Pzp dniem wszczęcia postępowania, była data zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w siedzibie Zamawiającego w miejscu publicznie dostępnym oraz na stronie internetowej.

W ocenie Izby na okoliczność ustalenia daty wszczęcia postępowania, w świetle dyspozycji art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, nie ma wpływu dokonanie przez Zamawiającego w terminie późniejszym (18 lutego 2010 r.) zmiany treści ogłoszenia, co podnosił Odwołujący.

Kierując się tymi ustaleniami, Izba uznała, iż postępowanie o udzielenie zamówienia, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, zostało wszczęte w dniu 28 stycznia 2010 r.,

a zatem przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Tym samym do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie – rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów: z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) i 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 ze zm.) w brzmieniu dotychczasowym – sprzed wejścia w życie wskazanych powyżej przepisów.

Uwzględniając powyższe ustalenia, Izba uznała, iż Odwołujący nie skorzystał w niniejszej sprawie z pierwszego ze środków ochrony prawnej określonych ustawą w kształcie mającym zastosowanie w rozstrzyganym przypadku, tj. nie wniósł do Zamawiającego w terminie prawem przepisany protestu wobec czynności podjętych w postępowaniu przez tego Zamawiającego. Tym samym wypełniona została przesłanka odrzucenia odwołania określona w art. 187 ust. 4 pkt 2) ustawy Pzp.

Izba ustaliła ponadto, że ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia złożyło konsorcjum wykonawców w składzie: AB Kujawy Sp. z o.o., ul. Laubitza 18, 88-100 Inowrocław (Lider), Adrian Łukasiewicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Adrian Łukasiewicz, Płonkówko 37, 88-111 Rojewo oraz Dariusz Cichowlas prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Tynk-Bud Dariusz Cichowlas, ul. Kujawska 18/45, 88-153 Kruszwica, tym samym to konsorcjum (wszyscy wykonawcy występujący wspólnie), a nie poszczególni przedsiębiorcy je stanowiący, nabyli status Wykonawcy w tym postępowaniu. W sprawach związanych z tym postępowaniem to konsorcjum jest decydującym. To konsorcjum, jako całość, przysługuje uprawnienie do dokonywania czynności w postępowaniu i z tym postępowaniem związanych, a mającymi na nie wpływ. Dlatego też to konsorcjum, tj. wszystkim wykonawcom występującym wspólnie, przysługują środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp.

Tymczasem w rozpatrywanej sprawie odwołanie wniosła w swoim imieniu i na swoją rzecz AB Kujawy Sp. z o.o. Nie powołała się ona w treści odwołania na jakiegokolwiek pełnomocnictwo ze strony pozostałych członków konsorcjum, ani nawet na sam fakt złożenia przez to konsorcjum oferty w kwestionowanym przez siebie postępowaniu o udzielenie

zamówienia. Jako odwołującego, w sposób jednoznaczny i wykluczający wszelkie wątpliwości, wskazała siebie, tj. AB Kujawy Sp. z o.o.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. po upływie terminu składania ofert, wobec faktu, iż ofertę złożyło konsorcjum trzech Wykonawców, którego to AB Kujawy Sp. z o.o. była członkiem, Spółka ta nie była podmiotem uprawnionym do samodzielnego skorzystania ze środków ochrony prawnej. Tym samym wypełniona została przesłanka odrzucenia odwołania określona w art. 187 ust. 4 pkt 3) ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, Izba stwierdziła, że Zamawiający ustalił wartość zamówienia na podstawie kosztorysu inwestorskiego na kwotę 2.001.873,35 zł netto, co po przeliczeniu z uwzględnieniem kursu określonego w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 224, poz. 1796), stanowi równowartość 512.456,98 Euro.

Kwota ta jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (Rozporządzenie 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), tj. 4 845 000 Euro dla robót budowlanych.

Zgodnie z regulacją art. 184 ust 1a pkt 4) ustawy Pzp w postępowaniach o takiej wartości przysługuje odwołanie wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego odrzucenia oferty. Zgodnie z ustalonym w Izbie poglądem przepis ten jest podstawą do wniesienia odwołania jedynie dla Wykonawcy, którego oferta została odrzucona i który kwestionuje prawidłowość i zgodność z przepisami prawa czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez tego Wykonawcę. Nie daje on jednak uprawnień do kwestionowania zaniechania odrzucenia ofert innych Wykonawców uczestniczących w tym samym postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego.

AB Kujawy Sp. z o.o. zarzucała w odwołaniu Zamawiającemu naruszenie art. 7 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1), 2), 4) i 6) ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum w składzie PHU „Inenergia” Maciej Szubarga , ul. Nowa 2,

88-100 Inowrocław-lider konsorcjum oraz Molewski sp. z o.o., ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz pomimo faktu, iż oferta w przedmiotowej sprawie w swej treści nie odpowiadała wskazaniom treści SIWZ, zawiera błędy, nie uwzględnia odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia i winna podlegać odrzuceniu.

Dlatego też Izba uznała, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a ustawy Pzp, tym samym wypełniona została przesłanka odrzucenia odwołania określona w art. 187 ust. 4 pkt 8) ustawy Pzp.

Argumentacja podnoszona przez Odwołującego w trakcie posiedzenia Izby, iż uwzględniając oczywistość wskazanych przez niego naruszeń przepisów prawa przez Zamawiającego, nawet wobec braku wniesionego protestu, odwołanie powinno zostać rozpatrzone na podstawie art. 139 ustawy Pzp w związku z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16 poz. 93 z późn. zm.), nie znalazła uznania w ocenie Izby wobec braku jej oparcia w obowiązujących przepisach prawa.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku – orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 ze zm.).

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 **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....