

Sygn. akt: KIO/UZP 204/09

POSTANOWIENIE
z dnia 5 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Marzena Teresa Ordysińska
Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 5 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jaekel-Bud-Tech Sp. z o.o., ul. Tęczowa 23, 41-500 Chorzów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Komunalny „PGM”, ul. Bałtycka 8, 41-500 Chorzów** protestów z dnia 30 stycznia 2009 r. i 2 lutego 2009 r.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Jaekel-Bud-Tech Sp. z o.o., ul. Tęczowa 23, 41-500 Chorzów** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Jaekel-Bud-Tech Sp. z o.o., ul. Tęczowa 23, 41-500 Chorzów**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 204 zł 00 gr (słownie: dwieście cztery złote zero groszy) przez **Jaekel-Bud-Tech Sp. z o.o., ul. Tęczowa 23, 41-500 Chorzów** na

rzecz **Zakładu Komunalnego „PGM”, ul. Bałtycka 8, 41-500 Chorzów**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów dojazdu,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jaekel-Bud-Tech Sp. z o.o., ul. Tęczowa 23, 41-500 Chorzów**.

Uzasadnienie

Zamawiający - Zakład Komunalny PGM z siedzibą w Chorzowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie przebudowy i adaptacji budynku warsztatowo - biurowego przy ul. Bałtyckiej 8 w Chorzowie na siedzibę Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1/08 poz. 254746 w dniu 4 grudnia 2008 r.

Zamawiający dokonał oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez F.P.B. LECHBUD - Leszek Dziub z siedzibą w Bytomiu pismem z dnia 28 stycznia 2009 r.

Wobec powyższej czynności zamawiającego zostały wniesione protesty przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe-Handlowe EGO S.A. z siedzibą w Katowicach oraz przez JAEKEL-BUD-TECH Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie.

Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe-Handlowe EGO S.A. w proteście zarzuciło zamawiającemu naruszenie 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 ze zmianami) zwanej dalej Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez F.P.B. LECHBUD - Leszek Dziub. Protestujący wniósł o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty F.P.B. LECHBUD - Leszek Dziub oraz o powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W proteście wykonawca podniósł zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty F.P.B. LECHBUD - Leszek Dziub z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazując na błędy w pozycjach: 25, 71, 35 i 45 kosztorysu ofertowego oraz

nie spełnienie warunków udziału w postępowaniu z uwagi na brak wymaganych uprawnień budowlanych do kierowania robotami w zakresie instalacji wentylacji oraz instalacji i sieci gazowych w budynkach o kubaturze 5005 m³.

Do postępowania wszczętego na skutek wniesienia ww. protestu zgłosił przystąpienie wykonawca JAEKEL-BUD-TECH Sp. z o.o. żądając uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów podniesionych w proteście wobec oferty wybranej jako najkorzystniejsza.

W proteście wniesionym samodzielnie wykonawca JAEKEL-BUD-TECH Sp. z o.o. podniósł zarzuty wobec trzech ofert, wskazując na niezgodność ich treści z treścią siwz, tj.:

1. w ofercie F.P.B. LECHBUD - Leszek Dziub – kosztorys ofertowy - pozycja 35 (instalacja wentylacyjna), poz. 17, 18 i 22 (kanalizacja deszczowa), poz. 59 do 64 (okablowanie strukturalne),
2. w ofercie P.P.U.H. EGO S.A. – brak podpisu na ofercie spełniającego wymagania siwz, kosztorys ofertowy - poz. 7.2, poz. 2-6, 57-58, 59-77, 61 (instalacje elektryczne), poz. 25 (instalacja wentylacji), poz. 17 i 18 (kanalizacja deszczowa), poz. 31, 34-43, 59-64 (okablowanie strukturalne),
3. w ofercie P.B.I. HORUS Sp. z o.o. – złożenie nieprawdziwej informacji o dysponowaniu osobą posiadającą uprawnienia budowlane, kosztorys ofertowy - poz. 50, 71 (część budowlana), poz. 1-6, 27, 28, 43, 44, 45, 58-77, 90 (instalacje elektryczne), poz. 17-20 (instalacje c.o.), poz. 25, 26 (instalacja wentylacji), poz. 4 (instalacja deszczowa), poz. 31, 71 (okablowanie strukturalne).

Wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz wniósł o odrzucenie ofert złożonych przez F.P.B. LECHBUD - Leszek Dziub, P.P.U.H. EGO S.A., o wykluczenie P.B.I. HORUS Sp. z o.o. z postępowania i odrzucenie jego oferty oraz o powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający oddalił oba protesty, uznając, iż zarzuty w nich zawarte są w całości nieuzasadnione. W treści rozstrzygnięć obu protestów zamawiający pouczył wykonawców, iż z uwagi na brzmienie art. 184 ust. 1a Pzp od ww. rozstrzygnięć protestów nie przysługuje odwołanie.

Wykonawca JAEKEL-BUD-TECH Sp. z o.o. wniósł odwołanie od rozstrzygnięć obu ww. protestów. Odwołujący podtrzymał w odwołaniu zarzuty, dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 Pzp, z uwagi na niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia treści ofert złożonych przez F.P.B. LECHBUD - Leszek Dziub, P.P.U.H. EGO S.A. i P.B.I. HORUS Sp. z o.o., zawarte w proteście złożonym

przez P.P.U.H. EGO S.A., w zakresie wynikającym z przystąpienia odwołującego do tego protestu oraz zawarte w proteście złożonym przez odwołującego.

Odwołujący wniósł w odwołaniu o:

- 1) ponowną ocenę ofert,
- 2) odrzucenie oferty F.P.B. LECHBUD - Leszek Dziub;
- 3) odrzucenie oferty P.P.U.H. EGO S. A.
- 4) odrzucenie oferty P.B.I. HORUS Sp. z o.o.
- 5) wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na posiedzeniu, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 i 8 Pzp.

Stosownie do treści przepisu art. 184 ust. 2 Pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu przekazując jednocześnie kopię treści odwołania zamawiającemu. W przedmiotowym postępowaniu odwołujący nadając w dniu 20 lutego 2009 r. odwołanie do Prezesa Urzędu w placówce pocztowej operatora publicznego nadał jednocześnie listem poleconym kopię odwołania zamawiającemu, który otrzymał przesyłkę w dniu 23 lutego 2009r. W toku posiedzenia odwołujący oświadczył, że w dniu 20 lutego 2009 r. wysłał również faksem kopię odwołania do zamawiającego. Zamawiający nie potwierdził faktu otrzymania kopii odwołania, przesłanej faksem w dniu 20 lutego 2009 r., a odwołujący nie przedstawił dowodu na tę okoliczność. W tym stanie faktycznym Izba uznała, że kopia odwołania nie została przekazana zamawiającemu w dniu 20 lutego 2009 r. zważywszy, że odwołujący nie wykazał tego faktu, a zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Izba uznała zatem, że warunek jednoczesnego przekazania kopii odwołania zamawiającemu nie został dotrzymany. Przekazanie następuje w momencie dotarcia do adresata. Celem jednoczesnego przekazania kopii odwołania zamawiającemu jest powzięcie wiadomości przez zamawiającego o wniesieniu odwołania przez wykonawcę - najpóźniej z upływem terminu przewidzianego na wniesienie odwołania. Jest to istotne z punktu widzenia zarówno zamawiającego jak i wykonawcy, bowiem fakt wniesienia odwołania oznacza konieczność powstrzymania się przez zamawiającego od zawarcia umowy o zamówienie. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt V

Ca 117/07) uznał, iż pierwszorzędną i priorytetową sprawą przy przekazaniu kopii odwołania zamawiającemu jest cel, jakiemu służyć ma ta czynność. Celem tym będzie jak najszybsze powzięcie przez zamawiającego wiadomości o zakończeniu bądź nie postępowania wywołanego protestem, a tym samym możliwość skutecznego zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. W ocenie Sądu o zachowaniu terminu na przekazanie kopii odwołania zamawiającemu i wywiązaniu się z obowiązku jednoczesności możemy mówić wtedy, gdy kopia odwołania dotrze do zamawiającego w terminie przewidzianym na jego wniesienie. Sąd również wyraźnie stwierdził, że forma przekazania pisma poprzez nadanie w urzędzie pocztowym jest zastrzeżona wyłącznie dla czynności złożenia odwołania, natomiast dla powiadomienia zamawiającego o tej czynności, poprzez przekazanie kopii odwołania, forma ta nie została wprost przewidziana w przepisach ustawy, a zatem nie może być domniemywana.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że odwołujący przekazał kopię odwołania zamawiającemu z uchybieniem terminu wskazanego w art. 184 ust. 2 Pzp - nie przekazał zamawiającemu kopii odwołania z zachowaniem „jednoczesności”, tj. najpóźniej w dniu upływu pięciodniowego terminu na wniesienie odwołania. Termin ten upłynął w dniu 21 lutego 2009 r., podczas, gdy treść odwołania dotarła do zamawiającego w dniu 23 lutego 2009 r. Ustalone okoliczności wyczerpują przesłankę odrzucenia odwołania stosownie do dyspozycji przepisu art. 187 ust. 4 pkt 7 Pzp.

Zgodnie z treścią przepisu art. 180 ust. 1 Pzp protest, a zatem i odwołanie, można wnieść na czynność lub zaniechanie zamawiającego. Przepis art. 184 ust. 1a pkt 3 i 4 Pzp stanowi, że w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia oferty. Powyższe uprawnienie dotyczy czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy odwołującego się, a także czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę odwołującego się, a nie zaniechania przez zamawiającego (braku dokonania czynności) wykluczenia innych wykonawców lub odrzucenia ofert innych wykonawców (konkurentów odwołującego się wykonawcy, w tym w szczególności wykonawcy, którego oferta została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza). Wskazać należy, że przepis art. 184 ust 1a Pzp podlega interpretacji w związku z treścią art. 187 ust. 4 pkt 8 Pzp, w którym ustawodawca wskazał, że odwołanie wnoszone w zakresie zamówień poniżej progów UE podlega odrzuceniu przez Krajową Izbę Odwoławczą, jeżeli dotyczy innych „czynności” niż wymienione w art. 184 ust. 1a Pzp. Oznacza to, że terminy „wykluczenia wykonawcy” oraz „odrzucenia oferty” określone w art. 184 ust. 1a m.in. pkt 3 i 4 Pzp zostały

użyte przez ustawodawcę w rozumieniu czynności, a nie zaniechania dokonania czynności. Biorąc pod uwagę powyższe, w przypadku zamówień o wartości poniżej progów UE odwołanie od rozstrzygnięcia protestu nie przysługuje, jeśli dotyczy zaniechania przez zamawiającego wykluczenia innego wykonawcy z postępowania lub odrzucenia oferty innego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu. Powyższe stanowisko zostało jednoznacznie potwierdzone jednolitą linią orzecznictwa KIO w tym zakresie, a ponadto jest zgodne z interpretacją wyrażoną w publikacji „Prawo Zamówień Publicznych Po Nowelizacji z dnia 4 września 2008r.” pod redakcją Jacka Sadowego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Warszawa 2008.

Wartość przedmiotowego zamówienia publicznego, obejmującego roboty budowlane, została ustalona przez zamawiającego i wynosi 1 439 333,21 zł, co stanowi równowartość kwoty 371 239,64 euro. Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. z 2007 r., Nr 241, poz. 1762), wydanym na podstawie delegacji zawartej w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, wartość zamówień i konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, dla robót budowlanych wynosi 5 150 000 euro. Wartość przedmiotowego zamówienia jest zatem mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęło do zamawiającego 11 ofert. Żaden wykonawca nie został wykluczony z postępowania i żadna z ofert nie została odrzucona. Oferta złożona przez odwołującego uzyskała czwartą pozycję (7,80 pkt) pod względem przyznanej punktacji według kryteriów określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferty, które uzyskały trzy pozycje poprzedzające ofertę odwołującego, zostały złożone przez: F.P.B. LECHBUD - Leszek Dziub (oferta wybrana jako najkorzystniejsza – 10 pkt), P.P.U.H. EGO S.A. (8,95 pkt) i P.B.I. HORUS Sp. z o.o. (8,33 pkt). Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięć protestów dotyczących zaniechania przez zamawiającego odrzucenia ofert złożonych przez F.P.B. LECHBUD - Leszek Dziub i P.P.U.H. EGO S.A. (8,95 pkt) oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy PBI HORUS Sp. z o.o. i zaniechania odrzucenia oferty, złożonej przez tego wykonawcę.

W świetle powyższego, zgodnie z brzmieniem przepisu art. 184 ust. 1a pkt 3 i 4 Pzp KIO uznała, że w przedmiotowym postępowaniu nie przysługuje odwołanie od rozstrzygnięcia protestów we wskazanym powyżej zakresie. Stosownie do dyspozycji

przepisu art. 187 ust. 4 pkt 8 Pzp Izba odrzuciła odwołanie - wniesione od rozstrzygnięcia protestów dotyczących zaniechania wykluczenia innego wykonawcy z postępowania i zaniechania odrzucenia ofert innych wykonawców - jako odwołanie dotyczące innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1 a Pzp.

Biorąc za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 i 8 Pzp oraz art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty dojazdu pełnomocników zamawiającego na posiedzenie Izby w wysokości 204,00 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a 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 (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejsze postanowienie -w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*