

POSTANOWIENIE
z dnia 16 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Lubomira Matczuk-Mazuś**

Członkowie: **Izabela Niedziałek**

Andrzej Niwicki

Protokolant: **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **16.01.2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Hydrrotechnicznych „WODKAN” Sp. z o.o., 61-249 Poznań, ul. Unii Lubelskiej 3**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Łądek, 62-406 Łądek, ul. Rynek 26**, protestu z dnia **17.12.2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Hydrrotechnicznych „WODKAN” Sp. z o.o., 61-249 Poznań, ul. Unii Lubelskiej 3** 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 uiszczanego przez **Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Hydrrotechnicznych „WODKAN” Sp. z o.o., 61-249 Poznań, ul. Unii Lubelskiej 3;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Hydrrotechnicznych „WODKAN” Sp. z o.o., 61-249 Poznań, ul. Unii Lubelskiej 3** na rzecz **Gminy Łądek, 62-406 Łądek, ul. Rynek 26** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Poznańskiego Przedsiębiorstwa Robót Instalacyjno-Hydrrotechnicznych „WODKAN” Sp. z o.o., 61-249 Poznań, ul. Unii Lubelskiej 3.**

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

Odwołujący - Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Hydrrotechnicznych „WODKAN” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, wniósł w dniu 29.12.2008 r. odwołanie od rozstrzygnięcia pismem z dnia 23.12.2008 r. przez **Zamawiającego – Gmina Łądek,** protestu z dnia 17.12.2008 r. wniesionego w dniu 18.12.2008 r., na czynność zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Krystyna Mitura Zakład Ochrony Środowiska z siedzibą w Poznaniu (pełnomocnik) i Artur Furmaniak FAR-BUD Partner Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane z siedzibą w Żerkowie, zwanych w dalszej treści Krystyna Mitura Zakład Ochrony Środowiska, a następnie dokonania wyboru oferty złożonej przez tych wykonawców, jako oferty najkorzystniejszej, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, których przedmiotem jest „budowa oczyszczalni ścieków w miejscowości Ciężen”,

proszonym w trybie przetargu nieograniczonego. Zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania doręczono Odwołującemu w dniu 11.12.2008 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie, poprzez dokonanie wymienionych czynności, przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 233, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej w dalszej treści Pzp – art. 2 pkt 5, art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 32 ust. 1 oraz art. 183 ust. 4. Odwołujący ponadto podał, że Zamawiający bezprawnie oddalił protest, bezprawnie uznał, że jego oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, w świetle postanowień SIWZ w tym postępowaniu oraz błędnie pouczył o sposobie i terminie wniesienia odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia rozstrzygnięcia z dnia 23 grudnia 2008 r. dotyczącego protestu,
- 2) unieważnienia wyboru oferty uczestnika postępowania – Krystyna Mitura Zakład Ochrony Środowiska,
- 3) wykluczenia uczestnika postępowania – Krystyna Mitura Zakład Ochrony Środowiska z prowadzonego postępowania i odrzucenia jego oferty,
- 4) dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w świetle Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
a ponadto wniósł o:
 - 5) dopuszczenie dowodów zawartych w aktach sprawy oraz o przesłuchanie Odwołującego, na okoliczność treści wyjaśnień udzielanych przez Zamawiającego przed wniesieniem protestu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że mając na uwadze definicję wykonawcy wynikającą z art. 2 pkt 11 Pzp oraz treść art. 184 ust. 1a pkt 3 Pzp, jest uprawniony do wniesienia odwołania pomimo, iż nie został wykluczony z postępowania. Podstawę odwołania może stanowić również zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, gdy zachodzą ku temu przesłanki. W przeciwnym razie dochodzi do naruszenia podstawowej zasady wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 2 pkt 5 Pzp) oraz obowiązku udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp (art. 7 ust. 3).

W ocenie Odwołującego, wykonawca Krystyna Mitura Zakład Ochrony Środowiska, powinien zostać wykluczony z postępowania na skutek nie udowodnienia doświadczenia zawodowego w wykonywaniu zamówień w sposób określony w SIWZ i oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona, jako następstwo uprzedniego wykluczenia. Odwołujący podał, że został błędnie pouczone o możliwości wniesienia odwołania, w sytuacji bezprawnego zaniechania wykluczenia wykonawcy - Krystyna Mitura Zakład Ochrony Środowiska z prowadzonego postępowania.

Zamawiający oddalając protest wyjaśnił, że w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nastąpiło uzupełnienie załącznika nr 5 (doświadczenie zawodowe) w ofercie wykonawcy Krystyna Mitura Zakład Ochrony Środowiska, zatem brak było podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Zamawiający zamieścił na drugiej (ostatniej) stronie pisma pouczenie, że od rozstrzygnięcia protestu nie przysługuje odwołanie z uwagi na wartość zamówienia. Jednocześnie zamieścił pouczenie, wskazując jakie czynności Zamawiającego mogą być przedmiotem odwołania od rozstrzygnięcia protestu, poprzez przytoczenie całej treści art. 184 ust. 1a pkt 1-4 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania odwoławczego, na podstawie dokumentów zawartych w aktach sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego, w tym SIWZ, protokołu postępowania, ofert – Odwołującego i oferty wybranej, ustaliła i zważyła, co następuje.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 303761 – 2008 z dnia 6.11.2008 r.

Wartość zamówienia ustalona została na kwotę 2 640 211,05 zł, co stanowi równowartość 680 975,74 euro (protokół postępowania (...)) DRUK ZP - 2, a więc jest to postępowanie o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust. 8 Pzp, które dla robót budowlanych wynoszą 5 150 000 euro - § 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia 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. Nr 241, poz. 1762).

W takiej sytuacji, zgodnie z art. 184 ust. 1a Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty.

W postępowaniu złożono siedem ofert, z czego czterech wykonawców Zamawiający wykluczył i odrzucił ich oferty, ocenił merytorycznie trzy oferty, w tym ofertę Odwołującego, przyznając 89,68 pkt, ofercie trzeciej w kolejności pod względem punktacji przyznał 88,12 pkt, a ofercie wybranej, jako najkorzystniejsza 100 pkt. Oferta Odwołującego uzyskała drugą w kolejności punktację. Odwołujący nie został wykluczony z postępowania, jego oferta nie została odrzucona i zarówno protest, jak i odwołanie nie dotyczy tych kwestii.

Odwołanie dotyczy zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza i zaniechania odrzucenia tejże oferty z powodu zarzutów wskazanych w proteście i odwołaniu. Odwołanie nie dotyczy żadnej czynności Zamawiającego wymienionej we wskazanym art. 184 ust. 1a Pzp.

Wbrew interpretacji podanej w odwołaniu, wykluczenie wykonawcy z postępowania, o którym stanowi art. 184 ust. 1a pkt 3 Pzp, podobnie jak odrzucenie oferty, o którym mowa w pkt 4 tego przepisu, dotyczy wykonawcy, który wnosi odwołanie, a nie innego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu, a więc, np. wykonawcy, którego oferta wybrana została jako najkorzystniejsza. Przedstawiona interpretacja wynika z treści przepisu, a także potwierdza ją stanowisko zawarte w uzasadnieniu nowelizacji ustawy Pzp, dokonanej ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 171, poz.1058). Na str. 14 - 15 uzasadnienia zawarto treść:

„Jednocześnie jednak Komisja Europejska, uwzględniając orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zwraca uwagę na konieczność

zapewnienia środków ochrony prawnej dla najistotniejszych decyzji mogących naruszać interes wykonawców, takich jak wykluczenie z postępowania czy też odrzucenie oferty. Takie stanowisko znalazło wyraz w *Komunikacie wyjaśniającym KE dotyczącym prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych* z dnia 1 sierpnia 2006 r.

Niezbędne jest zatem wprowadzenie systemu gwarantującego ochronę podstawowych interesów wykonawców, który nie będzie ograniczał się jedynie do postępowań, których wartość przekracza progi wynikające z przepisów dyrektyw. Mając to na względzie, proponuje się ujednoczenie zasad wnoszenia środków ochrony prawnej dla zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne. W postępowaniach tych wykonawca powinien mieć zagwarantowane prawo do wnoszenia efektywnych środków ochrony prawnej dotyczących jego najistotniejszych interesów, a mianowicie:

- 1) nieprawidłowego wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, wolnej ręki, zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty.

Proponowane zmiany dotyczące systemu środków ochrony prawnej wpłyną pozytywnie na przebieg procedury udzielania zamówień publicznych. Przede wszystkim w przypadku zamówień na roboty budowlane wprowadzona zostanie ochrona prawna dla zamawiających do progu 5 150 000 euro polegająca na wyeliminowaniu 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). Wykonawcy będą mieli zagwarantowane efektywne środki ochrony we wszystkich postępowaniach poniżej progów na decyzje zamawiających, godzące w ich podstawowe interesy (obecnie wykonawcy nie mają prawa do wniesienia odwołania poniżej progów właściwych dla dostaw i usług), przy czym skarżone będą mogły być wyłącznie te czynności zamawiającego, które bezpośrednio dotyczą wykonawcy wnoszącego dany środek ochrony prawnej. Należy jednocześnie podkreślić, że rozwiązanie polegające na przyznaniu wykonawcom prawa do wnoszenia środków ochrony prawnej wyłącznie

na ustawowo określone czynności będzie miało zastosowanie tylko w odniesieniu do odwołań i skarg. Prawo do wnoszenia protestów, tak jak ma to miejsce obecnie, będzie przysługiwało wykonawcom na wszystkie czynności zamawiającego. Proponowane zmiany doprowadzą do pełnej zgodności ustawy z prawodawstwem unijnym” (www.uzp.gov.pl/prawo krajowe).

Wniesienie odwołania z powołaniem się na art. 184 ust. 1a pkt 3 Pzp, w myśl powyższego, dotyczy wyłącznie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy wnoszącego odwołanie, a nie wykluczenia, bądź zaniechania wykluczenia, innego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu, w tym zaniechania wykluczenia wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą.

Jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a Pzp, Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 8 Pzp.

Wskazany przepis nakłada na Izbę obowiązek odrzucenia odwołania (rozstrzygnięcie obligatoryjne), nie jest to rozstrzygnięcie uzależnione od woli składu orzekającego (rozstrzygnięcie fakultatywne).

Biorąc powyższe pod uwagę, KIO na podstawie wskazanego art. 187 ust. 4 pkt 8 w zw. z art. 184 ust. 1a pkt 3 Pzp, orzekła jak w sentencji postanowienia, tj. odrzuciła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3600,00 zł wynikające z rachunku przedłożonego do akt sprawy, na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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 z późn. zm.), ograniczając wynagrodzenie do kwoty wynikającej z podanego przepisu.

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, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Koninie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....