

Sygn. akt: KIO/UZP 1246/09

POSTANOWIENIE
z dnia 15 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Emil Kuriata

Luiza Łamejko

Protokolant: Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 14 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Ekoinbud Sp. z o.o., 80-180 Gdańsk, ul. Wielkopolska 5A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Muzeum Zamkowe w Malborku, 82-200 Malbork, ul. Starościńska 1** protestu z dnia 10 sierpnia 2009 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża **Ekoinbud Sp. z o.o., 80-180 Gdańsk, ul. Wielkopolska 5A**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Ekoinbud Sp. z o.o., 80-180 Gdańsk, ul. Wielkopolska 5A;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 1 500 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc pięćset złotych zero groszy) przez **Ekoinbud Sp. z o.o., 80-180 Gdańsk, ul. Wielkopolska 5A** na rzecz **Muzeum Zamkowe w Malborku, 82-200 Malbork, ul. Starościńska 1**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego;
- ~~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 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Ekoinbud Sp. z o.o., 80-180 Gdańsk, ul. Wielkopolska 5A;**

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

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „prace konserwatorskie elewacji skrzydła zachodniego i północnego Zamku Średniego Muzeum Zamkowego w Malborku w ramach realizacji projektu współfinansowanego z priorytetu 2.3 Mechanizmu Finansowego Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Norweskiego Mechanizmu Finansowego pn. „Zespół Rezydencjonalny Wielkich Mistrzów na Zamku Średnim w Malborku – Pałac wraz ze Skrzydłem Zachodnim – Kontynuacja prac.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w dniu 23 maja 2009 r., pod nr 2009/S 98-142125.

W dniu 31 lipca 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności unieważnienia postępowania i zaniechania wyboru oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej, wskazując, iż w niniejszym postępowaniu nie wystąpiła jakakolwiek wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy i Zamawiający na taką nie wskazał, a Odwołujący się złożył ważną ofertę. Powyższe czynności i zaniechania Zamawiającego, zdaniem Odwołującego się, naruszają następujące przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp: art. 7 ust. 1 i 3, art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1, art. 93 ust. 3, co stanowi podstawę do żądania czynności unieważnienia postępowania i wyboru oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej.

W dniu 11 sierpnia 2009 r. Zamawiający protest oddalił. Zamawiający podtrzymał swoją decyzję w przedmiocie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż oferta Odwołującego się, w świetle opinii rzeczoznawców powołanych do oceny ofert w trakcie ich badania, zawiera niedopuszczalną technologię wykonania prac (szkodliwą dla środowiska i obiektu).

W dniu 20 sierpnia 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz stanowiska stron zaprezentowanego na posiedzeniu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie przepisu art. 187 ust. 5 ustawy Pzp, zobowiązana jest z urzędu do zbadania, czy nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, których zamknięty katalog określony został w przepisie art. 187 ust. 4 ustawy Pzp. W celu stwierdzenia braku wystąpienia przesłanki do odrzucenia odwołania, określonej w przepisie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza w pierwszej kolejności musi ustalić, z jakiego rodzaju zamówieniem publicznym (dostawy, usługi, roboty budowlane) mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zaliczył przedmiot zamówienia do kategorii „usługa”, wskazując na powyższe w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ oraz protokole postępowania. W opinii Izby, charakter prac stanowiących przedmiot zamówienia nie daje podstaw do sklasyfikowania prac, objętych niniejszym zamówieniem do kategorii usług. Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z robotami budowlanymi. W myśl art. 2 pkt 8 ustawy Pzp przez „roboty budowlane” należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 ze zm.), a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu powołanej ustawy, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Zaś, ustawa Prawo budowlane definiuje roboty budowlane jako budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego (art. 3 pkt 7). Zdaniem Izby, prace badawcze, konserwatorskie i remontowe, składające się na przedmiot zamówienia (ppkt 3.1 SIWZ) stanowią „remont” w rozumieniu przepisu art. 3 pkt 8 ustawy Prawo budowlane. Polegają bowiem na wykonaniu w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych służących odtworzeniu stanu pierwotnego, nie stanowiąc jednocześnie bieżącej konserwacji obiektu. Nie inaczej bowiem jak do prac remontowych należy zaliczyć takie roboty jak: uzupełnienie ubytków w materiale ceglanym i kamiennym, uzupełnienie ubytków spoinowania, zrekonstruowanie zniszczonego

zwieńczenia skarpy, przemurowanie fragmentu elewacji itp. (załącznik nr 1 do SIWZ). Zwrócić należy uwagę, iż remont ten składa się z kilku faz technologicznych: badania, przegląd określonych elementów obiektu, oczyszczanie, restauracja, naprawa. Jednocześnie zauważyć należy, iż zakres tych prac i ich charakter powodują, że nie jest to bieżąca konserwacja, która obejmuje drobne czynności, mające zmniejszyć szybkość zużycia obiektu budowlanego.

Dodatkowym potwierdzeniem przedstawionego stanowiska jest fakt, iż Zamawiający dysponuje decyzją nr 233/09 z dnia 29 czerwca 2009 r. – pozwolenie na budowę, wydaną przez Starostę Malborskiego, która odnosi się do analogicznego zakresu prac, jak w niniejszym postępowaniu. Zgodnie zaś z przepisem art. 29 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo budowlane pozwolenia na budowę nie wymaga wykonywanie robót budowlanych, polegających na remoncie istniejących obiektów budowlanych i urządzeń budowlanych, z wyjątkiem obiektów wpisanych do rejestru zabytków. Oznacza to, że również organ administracji architektoniczno-budowlanej zakwalifikował przedmiotowe prace jako roboty budowlane.

Okoliczność, iż Zamawiający wymagał do realizacji niniejszego zamówienia udziału kierownika robót, posiadającego uprawnienia budowlane oraz kierownika prac konserwatorskich, również przemawia za zaliczeniem przedmiotu zamówienia do robót budowlanych.

Analogiczne stanowisko zajęła również Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia 23 września 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1235/09). Odwołujący się będąc stroną w niniejszym postępowaniu, przedmiotowego orzeczenia nie kwestionował w trybie środków ochrony prawnej.

Ponadto, Odwołujący się na posiedzeniu nie podał żadnej przekonującej argumentacji przemawiającej za sklasyfikowaniem przedmiotu zamówienia jako usługi. Okoliczności, iż prace prowadzone będą w jednym z najcenniejszych obiektów zabytkowych w Polsce, będą prowadzone przez wysoko wykwalifikowany personel oraz wymagają specjalistycznych badań, pozostają bez wpływu na określenie rodzaju zamówienia publicznego.

W niniejszej sprawie, przedmiotem zamówienia publicznego są roboty budowlane, których wartość, zgodnie z protokołem postępowania (DRUK ZP-1) została oszacowana na kwotę 5.829.869,50 zł, co zgodnie ze średnim kursem złotego w stosunku do euro wynoszącym 3,8771, a obowiązującym na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 241, poz. 1762), stanowi kwotę 1.503.667,56 euro. Zatem, wartość zamówienia nie przekracza kwoty 5 150 000 euro.

Zgodnie z przepisem art. 184 ust. 1a ustawy Pzp, w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (dla robót budowlanych jest to wartość poniżej 5 150 000 euro), odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia oferty.

Ustawodawca określił więc w sposób enumeratywny przesłanki do wniesienia odwołania. Należy zwrócić uwagę, że rozstrzygnięcie nie każdego protestu, dopuszczalnego na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, korzysta z ochrony w tzw. postępowaniach poniżej progów unijnych. Protest można bowiem wnieść, nie biorąc pod uwagę ogłoszenia i SIWZ, na każdą czynność w postępowaniu lub konkursie, jak i na zaniechanie czynności, do której podjęcia Zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp. Zaś, w świetle przepisu art. 184 ust. 1a ustawy Pzp, odwołanie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu, który dotyczy ściśle określonych czynności, jedynie dwóch, którymi są: czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty. W katalogu tym nie ujęto natomiast przypadków zaniechania czynności, co oznacza, że odwołanie w powyższych okolicznościach nie przysługuje. Odwołanie będzie przysługiwać jedynie temu wykonawcy, wobec którego, w wyniku rozstrzygnięcia protestu, Zamawiający podtrzyma lub podejmie decyzję o wykluczeniu wykonawcy lub odrzuceniu jego oferty.

Treść przepisu art. 184 ust. 1a ustawy Pzp pozwala na stwierdzenie, że ustawodawca objął ochroną jedynie najważniejsze interesy wykonawcy wnoszącego odwołanie, a dotyczące jego wykluczenia z postępowania lub odrzucenia jego oferty. Cel powołanego przepisu potwierdza również uzasadnienie do projektu zmiany ustawy Pzp, z którego wynika, że nowelizacja ma zapewnić ochronę prawną w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane poniżej progu 5 150 000 euro, jednakże z „wyeliminowaniem 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).”

W okolicznościach niniejszej sprawy odwołanie dotyczy rozstrzygnięcia protestu wniesionego wobec czynności unieważnienia postępowania i zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej, w tzw. postępowaniu poniżej progów unijnych. Tymczasem, jak zostało wskazane wyżej, odwołanie nie przysługuje w sytuacji, w której zarzuty dotyczą zaniechania czynności lub nie odnoszą się bezpośrednio do statusu wykonawcy w postępowaniu (art. 184 ust. 1a ustawy Pzp).

Biorąc powyższe pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem Izba zobowiązana jest odrzucić odwołanie, jeżeli stwierdzi, 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.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 w zw. z art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz 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.). Za uzasadnione koszty pełnomocnika Zamawiającego Izba uznała koszty w wysokości 1 500,00 zł.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*