

Sygn. akt: KIO/UZP 1483/09

KIO/UZP 1530/09

POSTANOWENIE
z dnia 27 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **26 listopada 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **17 listopada 2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A SOLVER Sp. z o.o., ul. Kossutha 6, 40-844 Katowice (KIO/UZP 1483/09);
B. Instalatorstwo Sanitarne i Ogrzewnicze Stanisław Knutelski, SOLEKO Marcin Grabiec, Grywałd, ul. Pod Tylką 45, 34-450 Krościenko nad Dunajcem (KIO/UZP 1530/09);

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto i Gminę Szczawnica, ul. Szalaya 103, 34-460 Szczawnica** protestów:

A SKORUT Import Eksport Sp. z o.o., ul. Wybickiego 71, 32-400 Myślenice z dnia **9 września 2009 r.**

B. Instalatorstwo Sanitarne i Ogrzewnicze Stanisław Knutelski, SOLEKO Marcin Grabiec, Grywałd, ul. Pod Tylką 45, 34-450 Krościenko nad Dunajcem z dnia **29 września 2009 r.**

przy udziale wykonawcy **SKORUT Import Eksport Sp. z o.o., ul. Wybickiego 71, 32-400 Myślenice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego w sprawie KIO/UZP 1483/09

orzeka:

1.A. Odrzuca odwołanie

1.B. Odrzuca odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża **SOLVER Sp. z o.o., ul. Kossutha 6, 40-844 Katowice** oraz **Instalatorstwo Sanitarne i Ogrzewnicze Stanisław Knutelski, SOLEKO Marcin Grabiec, Grywałd, ul. Pod Tylką 45, 34-450 Krościenko nad Dunajcem**

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

A. koszty w wysokości **2 231 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SOLVER Sp. z o.o., ul. Kossutha 6, 40-844 Katowice,**

B. koszty w wysokości **2 231 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Instalatorstwo Sanitarne i Ogrzewnicze Stanisław Knutelski, SOLEKO Marcin Grabiec, Grywałd, ul. Pod Tylką 45, 34-450 Krościenko nad Dunajcem,**

2) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

- A. kwoty 7 769 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **SOLVER Sp. z o.o., ul. Kossutha 6, 40-844 Katowice,**
- B. kwoty 7 769 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Instalatorstwa Sanitarnego i Ogrzewniczego Stanisław Knutelski, SOLEKO Marcin Grabiec, Grywałd, ul. Pod Tylką 45, 34-450 Krościenko nad Dunajcem.**

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Szczawnica, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i montaż kompletnych instalacji solarnych dla obiektów gospodarstw domowych oraz zbiorowego zakwaterowania w ramach Programu "Ograniczenia niskiej emisji poprzez wykorzystanie odnawialnych źródeł energii przez odbiorców indywidualnych i zbiorowych na terenie miasta Szczawnica z użyciem instalacji solarnych".

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń stron i przystępującego złożonych w trakcie posiedzenia, Izba ustaliła, co następuje.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

W dniu 03.09.2009 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, za którą uznano ofertę SOLVER Sp. z o.o. z Katowic (oferta najtańsza).

W dniu 09.09.2009 r. SKORUT Import Export Sp. z o.o. (zwana dalej „SKORUT”) z Myślenic wniosła protest na ww. czynność zamawiającego domagając się odrzucenia oferty SOLVER

Sp. z o.o. oraz oferty Konsorcjum firm: Instalatorstwo Sanitarne i Ogrzewanie Stanisław Knutelski, Grywałd (Lider Konsorcjum) i SOLEKO Marcin Grabiec, Włoszczowa (zwani dalej „Konsorcjum”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako ofert niezgodnych z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) podnosząc m.in. brak meandrycznej budowy kolektorów oferowanych przez ww. wykonawców, a wymaganej w siwz.

W dniu 11.09.2009 r. zamawiający wezwał wykonawców biorących udział w postępowaniu do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia ww. protestu.

W dniu 14.09.2009 r. SOLVER Sp. z o.o. i Konsorcjum zgłosili do zamawiającego swoje przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu SKORUT.

W dniu 18.09.2009 r. zamawiający uwzględnił protest SKORUT w zakresie zarzutów dotyczących braku wymaganej w siwz meandrycznej budowy kolektorów w ofertach ww. wykonawców. Otrzymanie w tym dniu rozstrzygnięcia protestu strony potwierdziły w trakcie posiedzenia Izby.

W dniu 22.09.2009 r. w ślad za rozstrzygnięciem protestu zamawiający powtórzył czynność oceny ofert – odrzucił oferty SOLVER Sp. z o.o. i Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z powodu, że zaproponowane przez wykonawców kolektory słoneczne nie posiadają struktury meandrowej wymaganej w siwz oraz dokonał wyboru oferty SKORUT.

W dniu 28.09.2009 r. (tj. w poniedziałek) SOLVER Sp. z o.o. wniosła odwołanie od

rozstrzygnięcia protestu SKORUT.

W dniu 29.09.2009 r. Konsorcjum wniosło protest na czynności zamawiającego podjęte w trakcie postępowania (jak wynika z jego treści protest dotyczył czynności zamawiającego z dnia 22.09.2009 r.), który zamawiający w dniu 06.10.2009 r. w całości oddalił.

W dniu 12.10.2009 r. (tj. w poniedziałek) Konsorcjum wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia jego protestu.

4

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Sprawa KIO/UZP 1483/09

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym Izba z urzędu odrzuca odwołanie, jeżeli protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów przewidzianych w ustawie.

Termin do wniesienia odwołania określony został w art. 184 ust. 2 ustawy – odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, a jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 5 dni.

Izba za potwierdzony uznała fakt doręczenia odwołującemu rozstrzygnięcia protestu SKORUT w dniu 18.09.2009 r., przyznany zresztą przez samego odwołującego, tj. w tym dniu zamawiający przekazał swoje oświadczenie woli w tym przedmiocie, które dotarło do odwołującego w taki sposób (faksem), że mógł zapoznać się z jego treścią (art 61 § ust. 1 Kc).

W związku z powyższym, tj. doręczeniem rozstrzygnięcia protestu w dniu 18.09.2009 r., wskazać należy, iż ostatnim (piątym) dniem na wniesienie przedmiotowego odwołania był 23.09.2009 r. Odwołanie wniesiono natomiast w dniu 28.09.2009 r. (nadano w placówce Poczty Polskiej), a więc z uchybieniem terminu wskazanego w art. 184 ust. 2 ustawy.

Na marginesie Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 184 ust. 1 ustawy odwołanie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu, a nie od powtórzonych czynności zamawiającego, o których odwołujący dowiedział się w dniu 22.09.2009 r.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 i 187 ust. 4 pkt 4 w zw. z art. 184 ust. 2 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

5

Sprawa KIO/UZP 1530/09

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 i 8 ustawy.

Odnosnie zarzutów odwołania dotyczących niezasadności odrzucenia oferty odwołującego należy podnieść, iż zgodnie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Izba z urzędu odrzuca odwołanie, jeżeli odwołanie wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3 Pzp, dotyczy czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Potwierdzone w dokumentacji postępowania i bezsporne pomiędzy stronami są fakty:

- wniesienia w dniu 09.09.2009 r. przez SKORUT protestu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum.;
- przekazania w dniu 11.09.2009 r. Konsorcjum wezwaniem do przyłączenia się do toczącego się postępowania protestacyjnego zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy;
- przystąpienie do protestu SKORUT przez Konsorcjum;
- ostatecznego, w rozumieniu art. 182 ust. 2 Pzp, rozstrzygnięcia protestu z dnia 09.09.2009 r. wobec nie wniesienia przez Konsorcjum odwołania od jego rozstrzygnięcia.

Ponadto jak wynika z dokumentacji postępowania zamawiający wziął pod uwagę

wskazywane w proteście okoliczności, podzielił argumentację SKORUT wyrażoną w proteście oraz uznał część jego zarzutów dotyczących niezgodności wybranej pierwotnie oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (np. w zakresie meandrowej struktury kolektora). Następnie zgodnie z ww. rozstrzygnięciem, tj. uwzględniając uznane i podniesione tam okoliczności, odrzucił ofertę Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodną z siwz.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż wyżej opisany stan faktyczny w pełni odpowiada hipotezie wyrażonej w art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp, i tym samym obliguje do zastosowania dyspozycji tego przepisu. Natomiast jego wykładnia, jako odnoszącego się do przedmiotowej sytuacji, jest w pełni uprawniona w świetle zasad koncentracji środków ochrony prawnej oraz przede wszystkim odpira się na wyraźnej i klarownej treści przepisu. W związku z przytoczonymi zasadami oraz celami regulacji ustawowej, w świetle przepisów art. 181 ust. 6 oraz 187 ust. 4 pkt 6 Pzp uznać należy, iż wykonawca może kwestionować czynności zamawiającego będące wynikiem rozstrzygnięcia protestu, tylko w ramach postępowania protestacyjnego, w którym rozstrzygnięcie to zapadło. Tym samym

6

Konsorcjum nie składając odwołania od rozstrzygnięcia protestu SKORUT z dnia 09.09.2009 r. straciła możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej dotyczących czynności będących wynikiem uwzględnienia tego protestu.

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

W art. 184 ust. 1a wskazano wyraźnie, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, 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.

Podkreślić należy, iż wskazane w pkt 3 i 4 ww. przepisu czynności dotyczą wykluczenia lub odrzucenia oferty protestującego lub odwołującego, a nie zaniechania dokonania tych czynności względem innych uczestników postępowania.

Protest Konsorcjum z dnia 29.09.2009 r. dotyczył m.in. zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu pomieszczonym w art. 184 ust. 1a Pzp stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 184 ust. 1, ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie rozstrzygnięcia takiego protestu. Tym samym zasadne stało się odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 w części odnoszącej się do pozostawiania w postępowaniu oferty SKORUT.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 i art. 187 ust. 4 pkt 6 oraz art. 187 ust. 4 pkt 8 w zw. z art. 184 ust. 1a ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku spraw na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

7

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....