

POSTANOWENIE
z dnia 29 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Agnieszka Trojanowska

Członkowie : Bogdan Artymowicz

Agnieszka Bartczak-śuraw

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 29 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 18 listopada 2010 r. przez **Konsorcjum Firm Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11a i Acciona Infraestructuras Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, rejon Madryt, Alcobendas Parque Empresarial de la Moraleja, Avenida de Europa nr 18** w postępowaniu prowadzonym przez **Jagiellońskie Centrum Innowacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Gołębia 24**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum Firm Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11a i Acciona Infraestructuras Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, rejon Madryt, Alcobendas Parque Empresarial de la Moraleja, Avenida de Europa nr 18** i nakazuje:

-
- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Konsorcjum Firm Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11a i Acciona Infraestructuras Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, rejon Madryt, Alcobendas Parque Empresarial de la Moraleja, Avenida de Europa nr 18** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego
w Krakowie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na realizację robót budowlanych w charakterze Generalnego Wykonawcy dla inwestycji pn. „Budowa budynków nr 2 i nr 3 w ramach projektu : Rozbudowa Jagiellońskiego Parku i Inkubatora Technologii – Life Science (Działanie 5.3 PO IG) zostało wszczęte przez zamawiającego Jagiellońskie Centrum Innowacji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Gołębia 24 ogłoszeniem zamieszczonym w siedzibie zamawiającego i na jego stronie internetowej oraz opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 lutego 2010r. za numerem 2010/S 36-052199. W dniu 9 listopada 2010r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na

podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 6 ustawy z uwagi na nie wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz możliwości naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 22 ust. 4 ustawy poprzez wymaganie w ramach warunku doświadczenia realizacji zamówień finansowanych ze środków UE i art. 25 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie żądania w ogłoszeniu dokumentów wymienionych w par 4 ust. 3 rozporządzenia. Według zamawiającego powyższe wady nie dają się usunąć i uniemożliwiają zawarcie ważnej umowy.

W dniu 18 listopada 2010r. odwołujący wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 146 ustawy poprzez bezprawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo tego, że nie zaistniała żadna z okoliczności wskazanych w art. 146 ustawy oraz art. 26 ust. 3 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów. Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania zaniechanej czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy zgodnie z zaleceniami pokontrolnymi. W uzasadnieniu przywołał treść informacji o unieważnieniu postępowania oraz informacji o wyniku kontroli i podniósł, że z zaleceń pokontrolnych jednoznacznie wynika, że zamawiający powinien był wezwać odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Kontrolujący nie nakazał unieważnienia całego postępowania, a jedynie wskazał na możliwość naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 4 ustawy. Podniósł, że art. 93 ust. 1 ustawy musi być interpretowany ściśle, co potwierdza także stanowisko Izby w wyroku z dnia 11 stycznia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 54/07 i 4 lutego 2008r. sygn. akt KIO/UZP 25/08. Podniósł, że ustawodawca zrezygnował z bezwzględnej nieważności postępowania, na rzecz nieważności względnej tj. ustalonej wyrokiem Izby lub sądu. Powołał się na treść art. 146 ust. 1 i 6 ustawy i podniósł, że nie każde naruszenie przepisów ustawy skutkuje nieważnością

postępowania. Zamawiający nie musiał unieważniać postępowania, a kontrola ma charakter prewencyjny, a więc powstała w celu uniemożliwiania zawarcia nieważnych umów, zatem gdyby zamawiający dopuścił się naruszeń z art. 146 ust. 1 i 6 ustawy, to kontrolujący nakazałby mu unieważnienie postępowania. Powołał także stanowisko doktryny w tym zakresie. Odwołanie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu lidera konsorcjum, upoważnionych do łącznej reprezentacji lidera, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania oraz w oparciu o pełnomocnictwo konsorcjalne z dnia 16 marca 2010r. udzielone przez Acciona Infraestructuras S.A. Mostostal Warszawa S.A. i podpisane przez pełnomocnika, działającego w oparciu o pełnomocnictwo od Acciona Infraestructuras S.A. z dnia 12 marca 2010r., podpisane przez pełnomocnika, działającego w oparciu o pełnomocnictwo notarialne z dnia 4 lipca 2007r. nr 2246 udzielone przez prezesa spółki Acciona Infraestructuras S.A. upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji spółki zgodnie z zaświadczeniem poświadczającym skład zarządu z 27 czerwca 2006r. oraz o pełnomocnictwo Mostostal Warszawa S.A. z dnia 15 marca 2010r.

Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana faksem i drogą elektroniczną w dniu 18 listopada 2010r.

Zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania i wezwał wykonawców do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 19 listopada 2010r.

Do postępowania nikt nie przystąpił.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania tj. ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, protokołu postępowania wraz z załącznikami, oferty odwołującego, informacji o wyniku postępowania, informacji o unieważnieniu postępowania, informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Zamawiający w ogłoszeniu oznaczył siebie jako podmiot prawa publicznego o działalności zdrowie, budownictwo i obiekty komunalne oraz edukacja. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza równowartość 4 845 tysięcy euro. Zamówienie jest finansowane w ponad 50% ze środków Unii Europejskiej w ramach programu operacyjnego na lata 2009-2013 Innowacyjna Gospodarka działanie 5.3. Zamawiający jest osobą prawą – spółką kapitałową, której jedynym wspólnikiem jest Uniwersytet Jagielloński w Krakowie. Przedmiotem działalności zamawiającego jest sprzedaż hurtowa, sprzedaż detaliczna placówki gastronomiczne, działalność finansowa, obsługa nieruchomości, wynajem nieruchomości, wynajem maszyn i

urządzeń, przetwarzanie danych, działalność rachunkowo-księgowa, działalność holdingów, reklama, prace rozwojowo-badawcze, kierowanie itp. Przedmiotem postępowania jest wykonanie robót budowlanych – wybudowanie dwóch budynków laboratoryjno-biurowych. Według oświadczenia zamawiającego złożonego na posiedzeniu zamówienie jest realizowane w oparciu o umowę z Polską Agencją Rozwoju Przedsiębiorczości, w której zalecono stosowanie zasad przejrzystości i konkurencyjności oraz budynki, które mają być wybudowane w oparciu o przedmiotowe postępowanie, będą służyć wynajmowi pomieszczeń biurowych.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 172 ust. 1 ustawy Izba została powołana do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Izba nie jest zatem uprawniona do rozpoznawania odwołań wniesionych na czynności lub zaniechania podmiotów nie będących zamawiającymi w rozumieniu ustawy, ani do rozpoznawania odwołań wniesionych na czynności lub zaniechania zamawiających nie mających oparcia w przepisach ustawy. Zgodnie z art. 2 pkt. 12 ustawy zamawiającym jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej obowiązana do stosowania ustawy. Podmioty zobowiązane do stosowania ustawy określa art. 3 ustawy. W odniesieniu do podmiotu wskazanego jako zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zastosowanie mogą mieć wyłącznie art. 3 ust. 1 pkt 3 lub pkt. 5. Izba zwraca uwagę, że przepis art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy stanowiący o obowiązku stosowania ustawy przez podmioty inne, niż określone w pkt 1 i 2, podmioty, jeżeli zamówienie jest finansowane z udziałem środków, których przyznanie jest uzależnione od zastosowania procedury udzielania zamówienia określonej w ustawie; został uchylony art. 1 pkt. 3 lit a ustawy z dnia 2 grudnia 2009r. Dz. U. z 2009r. nr 223 poz. 1778.

Izba dokonała analizy tych przepisów i stwierdza, że Jagiellońskie Centrum Innowacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest osobą prawną utworzoną przez państwową szkołę wyższą, a więc jednostkę sektora finansów publicznych, w której ta jednostka sektora finansów publicznych na wszystkie udziały, ale Jagiellońskie Centrum Innowacji powstało w celu handlowym, co wynika z przedmiotu jego działalności wskazanego w Krajowym Rejestrze Sądowym, zatem Jagiellońskie Centrum Innowacji nie jest zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy. Jagiellońskie Centrum Innowacji jest innym podmiotem niż jednostka sektora finansów publicznych i państwowa jednostka organizacyjna

nieposiadająca osobowości prawnej i przedmiotowe zamówienie jest finansowane w ponad 50% ze środków Unii Europejskiej, będących środkami publicznymi w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych (Dz. U. nr 157 poz. 1240 ze zm. Z 2010r. nr 96 poz. 620), wartość przedmiotowego zamówienia przekracza równowartość 4 845 tysięcy euro, jednakże budowa budynków laboratoryjno biurowych nie jest wykonaniem czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi. Jagiellońskie Centrum Innowacji nie jest zatem także zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy. Izba uznała, że wobec powyższego w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy i z tego względu obowiązania była odwołanie odrzucić na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy. Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący :

.....

Członkowie

.....

.....