

POSTANOWENIE
z dnia 11 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz
Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 11 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SANITEX Sp. z o.o. z Tryńczy 120** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Potok Górny, Potok Górny 116** protestu z dnia 9 lipca 2008 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 **SANITEX Sp. z o.o. z Tryńczy 120** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **SANITEX Sp. z o.o. z Tryńczy 120**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx.

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 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SANITEX Sp. z o.o. z Tryńczy 120**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowości Lipiny Dolne - Kolonia zostało wszczęte przez Zamawiającego Gminę Potok Górny, Potok Górny 116 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 maja 2008r. za numerem 110404/2008.

W dniu 4 lipca 2008r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, to jest Konsorcjum "RUR-KOP Janusz Kukielka" w Lublinie ul. Łukowska 66 i Zakładu Remontowo-Budowlanego w Zamościu Adam Kustra ul. Wyszyńskiego 55/19. Drugie miejsce w rankingu ofert zajął **SANITEX Sp. z o.o. z Tryńczy 120** z punktacją 70,97 pkt.

Na tę czynność w dniu 9 lipca 2008r. **SANITEX sp. z o.o. z Tryńczy** – zwany dalej Odwołującym wniósł, protest zarzucając, Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655 – w skrócie ustawy) w związku z art. 23 ust. 2 ustawy i art. 45 ust. 1 ustawy i wniósł o odrzucenie oferty Konsorcjum „RUR-KOP” Janusz Kukielka i Zakładu Remontowo-Budowlanego Adam Kustra – zwane dalej Wykonawcą wybranym.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, że oferta Wykonawcy wybranego nie została podpisana przez osobę prawidłowo upoważnioną do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zgodnie z art. 23 ust. 2 i postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w części VI.1 pkt 6 „w przypadku Konsorcjum należało dołączyć list intencyjny współników chcących startować wspólnie oraz ustanowienie przez te firmy wspólnego pełnomocnika (w oryginale)”. W ofercie Wykonawcy wybranego znajduje się pełnomocnictwo udzielone przez Zakład Remontowo-Budowlany w Zamościu

Adam Kustra Januszowi Kukielce, upoważniającego go do reprezentowania Konsorcjum. Odwołujący podniósł, że Zakład Remontowo-Budowlany w Zamościu Adam Kustra nie jest reprezentantem Konsorcjum i nie może w jego imieniu ustanawiać pełnomocników. Dla skuteczności pełnomocnictwa konsorcyjnego jest konieczne wspólne udzielenie

pełnomocnictwa przez członków Konsorcjum. Śaden z wykonawców samodzielnie nie może ustanowić pełnomocnika. W pełnomocnictwie nadto zastrzeżono, że „będzie reprezentował Konsorcjum przez osoby upoważnione do jego reprezentacji zgodnie z wpisem w jego KRS lub ewidencji działalności gospodarczej”. Z wpisu do ewidencji działalności gospodarczej Janusza Kukielki nie wynika, że posiada on osoby upoważnione do jego reprezentacji. Umowa Konsorcjum nie ma w tym przypadku znaczenia, gdyż źródłem umocowania w postępowaniu jest pełnomocnictwo i nie może być rozpatrywana, bo zgodnie z postanowieniami siwz ma być dostarczona przed zawarciem umowy o wykonanie zadania. W umowie Konsorcjum strony ustaliły, że upoważnionym do reprezentowania konsorcjum jest firma RUR-KOP Janusz Kukielka, co jest nieprawidłowe, bo firma nie może być pełnomocnikiem, tym bardziej, że nie posiada osobowości prawnej. Z tych okoliczności wynika, że oferta została podpisana przez osobę nieuprawnioną. Ponadto Zamawiający nałożył na wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie obowiązek załączenia listu intencyjnego, a tego Wykonawca wybrany nie załączył. Nie można utożsamiać listu intencyjnego z umową o współpracę, bo Zamawiający w pkt V.1.2 siwz rozróżnił te pojęcia. Kosztorys ofertowy wskazuje, jako wykonawcę, nie Konsorcjum, ale RUR-KOP Janusz Kukielka, a prawidłowo obaj wykonawcy powinni być wskazani w kosztorysie. Wykaz zrealizowanych zadań z kolei dotyczy Zakładu Remontowo-Budowlanego Adam Kustra i brak na nim podpisu osoby sporządzającej. Dokument jest tylko poświadczony za zgodność. Wadium nie zostało wpłacone przez Konsorcjum. Wadium wpłacił jako wystawca przelewu RUR-KOP Janusz Kukielka, który nie występuje, jako samodzielny wykonawca, a na druku przelewu brak jest wskazania, że dotyczy to podmiotów występujących wspólnie. Nadto oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający przed otwarciem ofert podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 800 000zł. Kwotę tę należy powiększyć o podatek VAT i wówczas cena oferty Wykonawcy wybranego stanowi mniej niż 50% wartości zamówienia. Brak jest obiektywnych czynników uzasadniających, aż taką różnicę w cenie, co oznacza, że cena nie jest realna i nie ma możliwości wykonania zamówienia za tę cenę przy zachowaniu wymaganych przez Zamawiającego standardów jakościowych. Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 18 lipca 2008r. i oddalił go w całości. Pismo zawierające rozstrzygnięcie Odwołujący otrzymał w dniu 21 lipca 2008r. Wskazał, że zgodnie z pkt V.1.2 siwz wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o zamówienie, ustanawiając pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy. Są zobowiązani do solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zamówienia i za wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W ofercie Wykonawcy wybranego znajduje się pełnomocnictwo z dnia 10 czerwca 2008r. udzielone Januszowi Kukielce właścicielowi firmy RUR-KOP Janusz Kukielka do występowania w imieniu Konsorcjum oraz do dokonywania w jego imieniu wszelkich

czynności faktycznych i prawnych w ramach postępowania przetargowego. Pełnomocnictwo to zostało podpisane przez osobę upoważnioną do działania w imieniu Zakładu Remontowo-Budowlanego w Zamościu Adam Kustra. Z treści pełnomocnictwa wynika, że dotyczy ono realizacji zadania „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Lipiny Dolne-Kolonia”. W dokumentach oferty znajduje się także oświadczenie woli członków Konsorcjum o przyjęciu solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zamówienia. Zdaniem Zamawiającego pełnomocnictwo spełnia wymogi art. 23 ust. 2 ustawy i podaje szczegółowo zakres umocowania. Ustawa nie zastrzega dla pełnomocnictwa szczególnej formy, ma być ono na piśmie i rozstrzygać czy ustanowiony wykonawca – pełnomocnik jest uprawniony do reprezentowania wykonawców – wyrok ZA z 27 stycznia 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-194/06, a w razie wątpliwości należy go oceniać zgodnie z postanowieniami umowy konsorcjum. Wadium, według Zamawiającego, zostało wpłacone prawidłowo, bo przez pełnomocnika Konsorcjum w formie pieniężnej. Zarzut rażąco niskiej ceny także jest, zdaniem Zamawiającego, nietrafny, bo przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że kwota, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 817 373,93zł., natomiast oferta Wykonawcy wybranego wynosi 443 144,78zł., co stanowi ponad 50% wartości zamówienia.

W dniu 25 lipca 2008r. Odwołujący wniósł odwołanie, podtrzymał swoją argumentację zawartą w proteście oraz zarzuty i wnioski. Stwierdził, że Zamawiający zaniechał pouczenia go o przysługujących środkach ochrony prawnej, czym naruszył art. 183 ust. 4 ustawy. Podkreślił, że Zamawiający nie odniósł się do wszystkich zarzutów podniesionych w proteście. Zamawiający nie mógł dokonywać oceny ofert na podstawie postanowień umowy konsorcjalnej, bo jej złożenia do oferty nie wymagał. Zamawiający pominął zarzut niespełnienia przez Wykonawcę wybranego wymogu załączenia listu intencyjnego. Również wyjaśnienia Zamawiającego, co do podniesionego zarzutu rażąco niskiej ceny nie odnoszą się do meritum zarzutu w zakresie stosunku wysokości ceny wskazanej przez Wykonawcę wybranego i wartości zamówienia. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny złożonych ofert i ponowne dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła i zaważyła, co następuje :

Przepis art. 187 ust. 4 ustawy 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp, zawiera katalog przesłanek odrzucenia odwołania. Jest to katalog zamknięty, wyczerpujący. Zgodnie z pkt 1 przywołanego przepisu, Izba jest zobowiązana odrzucić odwołanie, w przypadku, gdy w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp. Sytuacje braku zastosowania przepisów ustawy opisuje art. 4 ustawy zawierający wyłączenia przedmiotowe np. wyłączenie stosowania ustawy przy nabyciu własności nieruchomości oraz innych praw do nieruchomości, w szczególności dzierżawy i najmu. Takie wyłączenie stosowania może

dotyczyć nie tylko całej ustawy, ale także poszczególnych jej przepisów np. art. 5 ust. 1 ustawy wskazuje, że dla zamówień publicznych na usługi niepriorytetowe Zamawiający może nie stosować przepisów ustawy dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert oraz innych przepisów w tym ustępie wymienionych. Również art. 184 ust. 1 ustawy wyłącza stosowanie przepisów ustawy dotyczących odwołań, w postępowaniach, w których wartość szacunkowa zamówienia nie osiąga kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 na dostawy i usługi. Art. 11 ust. 8 ustawy Pzp stanowi delegację ustawową do wydania przez Prezesa Rady Ministrów rozporządzenia dotyczącego wysokości kwot progowych. Omawianą kwestię reguluje Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień i konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. W badanym stanie faktycznym, Zamawiającym jest Gmina Potok Górny, zatem podmiot ten, jako jednostka podsektora samorządowego, objęty jest regulacją pkt 2 § 1 powoływanego Rozporządzenia, zgodnie z którym obowiązek przekazania ogłoszenia powstaje, jeżeli wartość zamówień jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 206 000 euro – dla dostaw lub usług.

W przedmiotowym postępowaniu, wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego, na podstawie kosztorysu inwestorskiego i wynosi 678 175,35 zł, co stanowi równowartość 174 918,20 euro (druk ZP-2) przyjmując urzędowy i obowiązujący w zamówieniach publicznych przelicznik euro w wysokości 3,8771. W tym stanie faktycznym, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że wartość zamówienia została ustalona zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Oszacowana przez Zamawiającego wartość jest mniejsza od kwoty 798.682,60 zł, a więc wynosi mniej niż 206.000 euro, zatem nie została spełniona przesłanka do wniesienia odwołania, określona w przepisie art. 184 ust. 1 ustawy Pzp. W badanym stanie faktycznym odwołanie nie przysługuje, stąd nie może być przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zwraca uwagę, że protest jest jedynym środkiem ochrony prawnej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość jest mniejsza odpowiednio, w zależności od rodzaju zamawiającego, od 133 000 euro i 206 000 euro – dla dostaw i usług. Prawidłowe zatem jest działanie Zamawiającego, który najpierw w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja II pkt. 1.2) zapisał, że odwołanie nie przysługuje, a następnie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (rozdział XVI, pkt 8) pouczył, iż „protest jest ostatecznie rozstrzygnięty wraz z rozstrzygnięciem przez zamawiającego protestu lub z upływem terminu na jego rozstrzygnięcie”.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 1 ustawy

Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie też skład orzekający Izby nie uwzględnił wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego na podstawie norm przypisanych. Zgodnie z treścią § 4 ust. 1 pkt 2 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), skład orzekający Izby zasądza uzasadnione koszty uczestników postępowania, w tym również koszty wynagrodzenia pełnomocnika, wyłącznie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy Izby.

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 niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zamościu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....