

POSTANOWENIE
z dnia 8 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Renata Tubisz
Barbara Bettman

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **8 stycznia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., P.B.H. INSTEL Sp. j., P.B.P. EKOSYSTEM Sp. z o.o., Ekotab Projekt Sp. z o.o. ul. Głowackiego 9, 65-301 Zielona Góra** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Opoczno, ul. Staromiejska 6, 26-300 Opoczno** protestu z dnia **4 grudnia 2009 r.**

przy udziale **P.P.H.U. „RO.SA – BUD” Roman Jan Saczywko ul. Ptasia 14, 26-600 Radom** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., P.B.H. INSTEL Sp. j., P.B.P. EKOSYSTEM Sp. z o.o., Ekotab Projekt Sp. z o.o. ul. Głowackiego 9, 65-301 Zielona Góra 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 **Konsorcjum: ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., P.B.H. INSTEL Sp. j., P.B.P. EKOSYSTEM Sp. z o.o., Ekotab Projekt Sp. z o.o. ul. Głowackiego 9, 65-301 Zielona Góra;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **2 000 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., P.B.H. INSTEL Sp. j., P.B.P. EKOSYSTEM Sp. z o.o., Ekotab Projekt Sp. z o.o. ul. Głowackiego 9, 65-301 Zielona Góra** na rzecz **Gminy Opoczno, ul. Staromiejska 6, 26-300 Opoczno** 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 **Konsorcjum: ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., P.B.H. INSTEL Sp. j., P.B.P. EKOSYSTEM Sp. z o.o., Ekotab Projekt Sp. z o.o. ul. Głowackiego 9, 65-301 Zielona Góra.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Opoczno, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest budowa Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów w Różannie wraz z zamknięciem i rekultywacją składowiska.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych 232347/08 z dnia 24.09. 2008 roku.

Odwołujący - Konsorcjum firm, którego liderem jest ECOSERVICE Przedsiębiorstwo Budowlane sp. z o.o. wniósł protest a następnie odwołanie na czynność Zamawiającego z dnia 27.11.2008 roku, polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej, za jaką uznano ofertę RO.SA – BUD P.P.H.U.

W treści protestu z dnia 4 grudnia 2008 roku Odwołujący zarzucił naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 oraz art. 89 ust. 5 ustawy pzp, wskazując na zaniechanie wykluczenia Wykonawcy RO.SA – BUD P.P.H.U, pomimo następujących uchybień:

1. braku wykazania się doświadczeniem o wymaganej wartości przy wykonywanej inwestycji, zgodnie z wymogiem pkt 9.4.1 siwz,
2. braku załączenia zaświadczenia Izby Inżynierów Budownictwa dla Kierownika Kontraktu,
3. braku wymaganego doświadczenia przy realizacji robót budowlanych związanych z zagospodarowaniem terenu o powierzchni minimum 3 ha.

Zamawiający w dniu 12 grudnia 2008 roku poinformował Odwołującego o częściowym oddaleniu protestu, co stało się przyczyną wniesienia odwołania w dniu 17 grudnia 2008 roku. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu tego samego dnia.

W treści odwołania Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście i wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Wykonawcy RO.SA – BUD oraz nakazanie odrzucenia oferty Wykonawcy RO.SA – BUD,
2. zwrot kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według rachunku kosztów, który zostanie przedłożony na posiedzeniu lub rozprawie.

Dodatkowo, nie zgadzając się z pouczeniem zamieszczonym w rozstrzygnięciu protestu Odwołujący wskazał, że art. 184 ust. 1a pkt 3 i 4 ustawy pzp, który ma zastosowanie do przedmiotowego postępowania, dopuszcza złożenie odwołania zarówno na czynność wykluczenia lub odrzucenia oferty jak również na zaniechanie dokonania tej czynności i nie

3

wprowadza w tym zakresie żadnego rozróżnienia. W ocenie Odwołującego, odwołanie w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp, przysługuje w szczególności od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

- zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, do której jest obowiązany na podstawie ustawy,
- zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty, do której jest obowiązany na podstawie ustawy.

Skład orzekający Izby na posiedzeniu niejawnym z udziałem właściwie umocowanych pełnomocników stron, przeprowadził dowody z dokumentacji akt sprawy, w tym: protokołu postępowania, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nadto rozważył stanowiska pełnomocników stron złożone do protokołu posiedzenia, ustalił i zważył co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 w związku z art. 184 ust. 1 a ustawy pzp.

Ponieważ protest w niniejszej sprawie został złożony po dacie wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), zatem mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, Izba podjęła rozstrzygnięcie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy w oparciu aktualnie obowiązujący stan prawny.

Przedmiotem rozpatrywanego zamówienia publicznego są roboty budowlane, których wartość, zgodnie z protokołem ZP-2 i wyjaśnieniami Zamawiającego, złożonymi w piśmie z dnia 24.12.2008 roku wynosi 19 958 455,30 zł, co zgodnie ze średnim kursem

wynoszącym 3,8771, obowiązującym na podstawie rozporządzenie 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 5 147 799,95 euro. Bezsporną między stronami jest zatem okoliczność, że wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia nie przekracza równowartości kwoty 5 150 000 euro.

Ponadto w rozstrzygnięciu protestu z dnia 12.12.2008 roku, Zamawiający pouczył, iż od niniejszego rozstrzygnięcia nie przysługuje odwołanie, zgodnie z treścią art. 184 ust. 1a

4

ustawy pzp, a protest uznaje się za ostatecznie rozstrzygnięty w oparciu o art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny, skład orzekający zważył:

Zgodnie z treścią art. 184 ust. 1a ustawy pzp, który znajduje zastosowanie do rozpoznania przedmiotowego odwołania, odwołanie od rozstrzygnięcia protestu w przypadku postępowań o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, 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 oraz wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty.

W ocenie Izby, ustawodawca w art. 184 ust. 1a ustawy pzp, dopuścił wyjątkowo w szczególności i enumeratywnie wyliczonych w ustawie przypadkach, prawo do skorzystania z procedury odwoławczej w postępowaniach, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp. Przy czym dokonując analizy przesłanek wskazanych w pkt 3 i 4 przywołanego przepisu ustawy należy uznać, że ustawodawca, dopuścił wniesienie odwołania w postępowaniach, których wartość jest mniejsza niż progi unijne wyłącznie w odniesieniu do czynności bezpośrednio godzących w najistotniejsze interesy danego wykonawcy, korzystającego z tego środka ochrony prawnej i polegające m. in. na wykluczeniu tego wykonawcy z udziału w postępowaniu lub odrzuceniu jego oferty. Aby móc skorzystać ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie w postępowaniach poniżej progów unijnych należy zatem wskazać naruszenie przepisów ustawy przy podjęciu przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty, ale wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, korzystającego ze środka ochrony prawnej a nie innego wykonawcy, biorącego udział w postępowaniu. Przepis art. 184 ust. 1a ustawy pzp nie dopuszcza bowiem wniesienia odwołania na zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty a jedynie na dokonanie takiej czynności.

Należy zgodzić się z Odwołującym, że ustawodawca w art. 184 ust 1a ustawy pzp, posługując się sformułowaniem „protestów dotyczących” nie wprowadził rozróżnienia na działania lub zaniechania Zamawiającego będące podstawą wniesienia odwołania. Zatem w przypadku powstania wątpliwości co do interpretacji przesłanek określonych w tym przepisie należy odwołać się do wykładni celowościowej.

5

W ocenie Izby, celem wprowadzenia art. 184 ust 1a ustawy pzp było zapewnienie korzystania z efektywnych środków ochrony prawnej i przyznanie prawa do wniesienia odwołania w postępowaniach o zamówienie publicznych, których wartość nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp ale wyłącznie w celu ochrony najważniejszych interesów wykonawcy, korzystającego z tego środka ochrony prawnej polegających na wykluczeniu tego właśnie wykonawcy z udziału w postępowaniu lub odrzuceniu jego oferty. Cel przepisu art. 184 ust. 1 a ustawy pzp został wyartykułowany w uzasadnieniu do projektu zmiany ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 4 września 2008 roku, gdzie m.in. wskazano, że w postępowaniach o wartości mniejszej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp „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”.

Jak wynika z dalszej części uzasadnienia do projektu zmiany ustawy pzp, celem nowelizacji było wprowadzenie ochrony prawnej dla Zamawiających w przypadku zamówień na roboty budowlane do progu 5 150 000 euro, polegającej 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)”. Zatem efektywne środki ochrony prawnej, w tym prawo do złożenia odwołania przysługuje we wszystkich postępowaniach poniżej progów z zastrzeżeniem, że w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w art. 11 ust. 8 ustawy pzp, odwołaniem mogą być objęte wyłącznie czynności godzące w podstawowe interesy Wykonawcy, które bezpośrednio dotyczą tego wykonawcy, korzystającego ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania i opisane wprost w dyspozycji normy art. 184 ust 1a ustawy (tj. czynności wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty), co potwierdza dokonana wyżej wykładnia celowościowa.

Stanowisko to jest również zgodne z dotychczasowym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (np. postanowienie z dnia 27 listopada 2008 sygn. akt.1318/08, z dnia 5 grudnia 2008 sygn. akt.1359/08, z dnia 6 stycznia 2009 sygn. akt.1469/08).

Biorąc pod uwagę, że wartość zamówienia, będącego robotą budowlaną jest mniejsza niż kwota określona w § 1 ust. 1 b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 grudnia 2007 roku w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których

6

uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. nr 241, poz. 1762) oraz fakt, że zarzuty Odwołującego sprowadzają się do zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu innego Wykonawcy oraz zaniechania odrzucenia jego oferty, a zatem odnoszą się do innych niż wymienione w art. 184 ust. 1 a ustawy pzp czynności, zachodzi przesłanka określona w art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy pzp, skutkująca koniecznością odrzucenia odwołania.

Wobec konieczności odrzucenia odwołania na posiedzeniu Izby, zarzuty zgłoszone w treści odwołania nie były rozpatrywane merytorycznie.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 2 000, 00 zł stosownie do nakładów pracy, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 ze zmianami).

7

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 **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

