

POSTANOWIENIE
z dnia 11 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Barbara Bettman
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 11.12.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Krzysztofa Kotkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Kotkowski Krzysztof „ELKOT” Zakład Usługowo-Handlowy, 26-600 Radom, ul. Czerwca 71** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., 40-205 Katowice, ul. Kopalniana 6** protestu z dnia 13 listopada 2008 r.

przy udziale **Władysława Socha, zam. 41-808 Zabrze, Krakowska 20/4 prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą DELTAMET S.C. Władysław Socha i wspólnicy, 41-800 Zabrze, ul. Pokoju 27** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Krzysztofa Kotkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Kotkowski Krzysztof „ELKOT” Zakład Usługowo-Handlowy, 26-600 Radom, ul. Czerwca 71 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Krzysztofa Kotkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Kotkowski Krzysztof „ELKOT” Zakład Usługowo-Handlowy, 26-600 Radom, ul. Czerwca 71;**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **3 436 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące czterysta trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Krzysztofa Kotkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Kotkowski Krzysztof „ELKOT” Zakład Usługowo-Handlowy, 26-600 Radom, ul. Czerwca 71;**

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

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę narzędzi dla Zakładu Centralny Zakład Odwadniania Kopalń* (numer referencyjny CZOK/39/08). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 września 2008 r. Nr 1 pozycja 222233. Zamawiający pismem z dnia 6 listopada 2008 r. poinformował o rozstrzygnięciu postępowania, w tym o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, a także odrzuceniu dwóch ofert wykonawców podlegających wykluczeniu. W dniu 13 listopada 2008 r. protest do Zamawiającego wniósł wykonawca Krzysztof Kotkowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Krzysztof Kotkowski „ELKOT” Zakład Usługowo-Handlowy, wobec zaniechania odrzucenia ofert PH AMICUS Jacek Danielkis, DELTAMET s.c. Władysław Socha i wspólnicy, PPHU BROKAR Stefania Karwot, BRYMOREX Cezary Brymora, jako nie odpowiadających swoją treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający oddalił przedmiotowy protest przekazując informację w tym zakresie w dniu 21 listopada 2008 roku za pomocą faksu. Wobec decyzji Zamawiającego Krzysztof Kotkowski „ELKOT” Zakład Usługowo-Handlowy wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez jego nadanie u operatora publicznego w dniu 26 listopada 2008 roku, nadając w tym samym dniu kopię odwołania Zamawiającemu. Wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia ofert DELTAMET s.c. Władysław Socha i wspólnicy oraz P.H. AMICUS Jacek Danielkis i dokonanie powtórnej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej. W dniu 9 grudnia 2008 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wybrany wykonawca DELTAMET s.c. Władysław Socha i wspólnicy.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert, których treść nie odpowiada treści siwz. Zarzuty podniesione względem wszystkich ofert są jednakowe i dotyczą ich zgodności z zakresem przedmiotu zamówienia. Niezgodności we wszystkich ofertach (z wyjątkiem oferty Odwołującego) wynikają z nieuwzględnienia w treści formularza ofertowego modyfikacji siwz wprowadzonej przez Zamawiającego przed upływem terminu do składania ofert i dotyczącej opisu pozycji sprzętowych zawartych w Opisie przedmiotu zamówienia, tj. pozycji 13, 31, 55, 56, 57, 58 dla Rejonu „Saturn”. Oferty złożone zostały na formularzach zgodnych ze wzorami stanowiącymi załączniki do siwz i jedynie Odwołujący samodzielnie wprowadził zmiany wynikające z dokonanej modyfikacji siwz. Zamawiający oddalając protest powołał się na treść informacji z dnia 29 września 2008 roku zamieszczonej na stronie internetowej, a także przekazanej faksem zainteresowanym, w której wyjaśnione zostały wątpliwości dotyczące przedmiotu zamówienia. Wszyscy wykonawcy złożyli oświadczenie o zapoznaniu się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie wnieśli zastrzeżeń zarówno do treści siwz, jak i projektu umowy oraz zobowiązali się w przypadku wybrania ich oferty do podpisania umowy na warunkach zawartych w siwz. Złożone oświadczenia dają podstawę do uznania, że wykonawcy złożyli oferty zgodne z wymaganiami postawionymi w siwz. W ocenie Zamawiającego uchybienia wynikają z niezmienionego przez Niego formularza ofertowego i nie mogą obciążać wykonawców składających oferty zgodne z wymaganiami specyfikacji na formularzach przekazanych przez Zamawiającego. Żaden z Wykonawców nie protestował na postanowienia specyfikacji, w tym także na treść pisma z dnia 29 września 2008 roku. W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego jest nieuzasadnione, gdyż nie można domniemywać na podstawie oświadczeń, iż wykonawca oferuje wykonanie zamówienia w sposób odmienny, niż wskazany w formularzu stanowiącym integralną część oferty. Fakt, iż Zamawiający nie dokonał zmiany we wzorze formularza cenowego, nie zwalniał wykonawców z obowiązku złożenia ofert odpowiadających swoim zakresem ostatecznemu przedmiotowi zamówienia.

Na posiedzeniu prowadzonym z udziałem stron, skład orzekający Izby stwierdził, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy zachodzi okoliczności prowadząca do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwaną dalej pzp. Protest, a następnie odwołanie wniesione zostało po wejściu w życie ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), tj. po 23 października 2008 roku. Zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy zmieniającej, do protestów wnoszonych od dnia jej wejście w życie (tj. 24 października 2008 roku) oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się

przepisy działu VI ustawy zmienianej w nowym brzmieniu. Na skutek nowelizacji przepisów ustawy pzp, uległ rozszerzeniu katalog przesłanek odrzucenia odwołania przez Izbę na posiedzeniu, określony w art. 187 ust. 4 ustawy pzp, do którego dodano pkt 8, dotyczący odwołań wnoszonych w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Ustawodawca w stosunku do postępowań podprogowych przyznał prawo do wnoszenia odwołania od rozstrzygnięcia protestu, ale w zakresie ograniczonym do czynności wymienionych w art. 184 ust. 1a ustawy pzp, tj. 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 o udzielenie zamówienia oraz odrzucenia oferty. Intencją ustawodawcy było umożliwienie weryfikacji decyzji zamawiających podejmowanych w postępowaniach, do których nie mają zastosowania dyrektywy odwoławcze, przez niezależny organ. Ustawodawca krajowy przyznając prawo do wniesienia odwołania w postępowaniach poniżej progów unijnych ograniczył je do czynności wskazanych w art. 184 ust. 1a ustawy pzp. W odniesieniu do czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia oferty, prawo do wniesienia odwołania przysługuje jedynie temu wykonawcy, którego one dotyczą, tj. wywierają bezpośrednio niekorzystne skutki dla wykonawcy zainteresowanego uzyskaniem zamówienia. Tym samym wykonawcy nie przysługuje prawo wniesienia odwołania, którego zarzuty odnoszą się do odrzucenia lub braku odrzucenia oferty innego wykonawcy albo do wykluczenia lub braku wykluczenia z postępowania innego wykonawcy (podobne stanowisko przedstawione w publikacji UZP *Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 roku*, wyd. 2008 r., str. 142).

Wartość niniejszego zamówienia ustalona przez Zamawiającego jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i wynosi 114.503,56 zł netto, co stanowi równowartość 29.533,30 euro. Zarzuty w odwołaniu w całości dotyczą zaniechania czynności odrzucenia ofert pozostałych wykonawców. Odwołujący nie podnosi zarzutów dotyczących czynności podjętych, czy też zaniechanych względem jego oferty. Tym samym, zarzuty odwołania dotyczą innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a ustawy pzp, co wypełniania przesłankę odrzucenia odwołania określoną w art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy pzp.

Ponadto skład orzekający Izby stwierdził, iż kopia odwołania przekazana została Zamawiającemu listem poleconym po upływie terminu do wniesienia odwołania, tj. 26.11.2008 r. Obowiązek przekazania kopii odwołania, o którym mowa w art. 184 ust. 2 pzp zostaje spełniony przez jednoczesne jej przekazanie do Zamawiającego.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że wymóg „jednoczesności” przekazania Zamawiającemu kopii odwołania jest spełniony wówczas, kiedy Odwołujący najpóźniej w ostatnim dniu terminu na wniesienie odwołania przekaże Zamawiającemu treść odwołania

w taki sposób, że Zamawiający może zapoznać się z jego treścią. W badanym postępowaniu odwoławczym ustalono, iż Zamawiający otrzymał treść odwołania w dn. 28.11.2008 r., a więc dwa dni po upływie terminu do wniesienia odwołania. Ze względu na powyższe, nie można uznać, że Odwołujący zastosował się do nakazu wynikającego z art. 184 ust. 2 pzp, zatem odwołanie należy odrzucić na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 pzp.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp.

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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*