

Sygn. akt: KIO/UZP 831/08

POSTANOWIENIE
z dnia 26 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Stanisław Sadowy
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu ~~rozprawie~~^{*} w dniu ~~w dniach~~ 26.08.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **TUREK JUNIOR Bartosz Turek, 20-827 Lublin, ul. Zbożowa 89** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego TORGAN Sp. z o.o., 20-706 Lublin, ul. Żulińskiego 9** protestu ~~protestów~~^z z dnia 21.07.2008 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz - po stronie zamawiającego^{*}.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **TUREK JUNIOR Bartosz Turek, 20-827 Lublin, ul. Zbożowa 89**

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 uiszczonego przez **TUREK JUNIOR Bartosz Turek, 20-827 Lublin, ul. Zbożowa 89,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **TUREK JUNIOR Bartosz Turek, 20-827 Lublin, ul. Zbożowa 89,** na rzecz **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego TORGAN Sp. z o.o., 20-706 Lublin, ul. Żulińskiego 9** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 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 **TUREK JUNIOR Bartosz Turek, 20-827 Lublin, ul. Zbożowa 89.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem na: „*Budowa kanalizacji sanitarnej w ulicach: Laskowej, Raszyńskiej, Turczynowicza i Skubiszewskiego w Lublinie*”, zostało wszczęte przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego TORGAN Sp. z o.o., ul. Żulińskiego 9, 20-706 Lublin zwany dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP) Nr 158657 -2008 z dnia 13.07.2008 r. zwanym dalej: „*ogłoszeniem o zamówieniu*”.

W dniu 21.07.2008 r. (wpływ bezpośredni) na podstawie przepisu art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej: „Pzp” firma: TUREK JUNIOR, Bartosz Turek, ul. Zbożowa 89, 20-706 Lublin zwana dalej: „Protestującym” albo „Odwołującym” złożyła protest na następujące zapisy ogłoszenia:

Po pierwsze, stwierdza, iż Zamawiający przeprowadza postępowanie z naruszeniem terminów w sposób ograniczający prawa wykonawców wynikające z art. 180 i 184 Pzp. Zamawiający, zdaniem Protestującego bezpodstawnie odrzucił protest wniesiony w ustawowym terminie, tj. w dniu 07.07.2008 r. O zaistniałej okoliczności Protestujący został poinformowany w dniu 17.07.2008 r. pismem z dnia 14.07.2008 r. Jednocześnie, Zamawiający w dniu 13.07.2007 r., ponownie zamieścił ogłoszenie o zamówieniu dotyczących tej samej inwestycji nie dając, zdaniem Protestującego, szans na odwołanie.

Po drugie, uważa, iż nie występują przesłanki prawne do zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem w stosunku do przedmiotowego zamówienia. Zamawiający dysponuje dokładnym zakresem robót oraz zna wartość inwestycji o czym mogą świadczyć zapisy zawarte w pkt II. 1.3 oraz VI. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu. Zastosowanie procedury negocjacji z ogłoszeniem w stosunku do przedmiotowej inwestycji stanowi naruszenie art. 55 ust.1 Pzp.

Po trzecie, Zamawiający w pkt VI. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu, jako kryterium spełniania warunków udziału w postępowaniu żąda wykazaniem się wykonaniem robót drogowych polegających na budowie dróg. Zgodnie zapisami pkt. II. 1.3 ogłoszenia o zamówieniu w zakresie inwestycji znajduje się rozbiórka, a następnie odtworzenie nawierzchni drogowej po robotach związanych z budowa, kanalizacji, a więc w zakresie nie występuje budowa drogi, a jedynie odtworzenie nawierzchni. Brak możliwości wykazania się w wykazie robót robotami związanymi z odtworzeniem nawierzchni stanowi, zdaniem Protestującego, naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 25 ust. 1 i 2 Pzp.

Po czwarte, Zamawiający w pkt VI. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu, jako kryterium spełniania warunków udziału w postępowaniu żąda wykazaniem się wykonaniem robót o określonym zakresie. Stanowi to naruszenie art. 25 ust. 2 Pzp. Zgodnie bowiem z rozporządzeniem z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605) zwanym dalej: „rozporządzeniem z dnia 19.05.2006 r.”, Zamawiający może żądać wykazu robót odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia. Rozporządzenie nie zezwala na żądanie przez Zamawiającego zakresu robót. Mając powyższe na uwadze, Protestujący żąda wykreślenia zapisu dotyczącego zakresu robót z ogłoszenia.

Po piąte, Zamawiający w pkt VI. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu, jako kryterium spełniania warunków udziału w postępowaniu żąda wykazaniem się wykonaniem robót o określonej wartości. Należy zwrócić uwagę, jak podnosi Protestujący, że Zamawiający przyjmując kryteria wartości robót sugerował się kosztorysem inwestorskim, o czym może świadczyć dość precyzyjne określenie wartości i zakresu robót. Zgodnie z rozporządzeniem z dnia 19.05.2006 r., Zamawiający może żądać robót odpowiadających swojej wartości. Należy zauważyć, jak stwierdza Protestujący, iż mając na uwadze słownikowe znaczenie słowa: „odpowiadać” - znaczy być podobne do czegoś. Dlatego zawężenie wartości do robót o wartości określonej przez Zamawiającego lub większej jest naruszeniem Pzp. Jednocześnie, Zamawiający używając wartość robót z kosztorysu inwestorskiego zawiąza wymagania gdyż wartości rynkowe robót tego rodzaju są ok. 40% mniejsze. Mając powyższe na uwadze, Protestujący żąda wykreślenia zapisu o wartości robót z ogłoszenia.

Po szóste, Zamawiający w pkt VI. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu jako kryterium spełniania warunków udziału w postępowaniu żąda wykazaniem się środkami finansowymi na kwotę min 1 mln zł. W świetle cen rynkowych wartość inwestycji o tym zakresie Protestujący szacują na 850 tys. zł brutto. Cena ta zawiera, jak podnosi, zobowiązania podatkowe, zysk Oferenta oraz jego koszty ogólne które to składniki nie muszą być kredytowane. Należy zauważyć że na przedmiotową inwestycję środki pochodzą z budżetu miasta o2□z komitetu budowy kanalizacji. Z informacji jakie uzyskał, Protestujący stwierdza, iż wynika że Komitet wpłacił kwotę w jakiej partycypuje w inwestycji. Zapis jaki pojawił się w ogłoszeniu o zamówieniu, uważa za bezpodstawny gdyż Inwestor będzie dysponował środkami na częściowe rozliczenie inwestycji. Można podejrzewać, jak zauważa że Zamawiający wprowadził ten zapis by umotywić powody żądania posiadania środków finansowych w kwocie 1 mln zł. W świetle przedstawionych argumentów, Protestujący stwierdził, że do realizacji inwestycji Oferent potrzebuje środki w kwocie ok. 500 tys. zł. Żądanie przez Zamawiającego posiadania środków lub zdolności kredytowej na kwotę 2 - krotnie wyższa uważa za bezzasadne. Jednocześnie, stanowi to jego zdaniem naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 25 ust. 1 Pzp. Mając powyższe na uwadze, Protestujący żąda wykreślenie tego zapisu z ogłoszenia.

Po siódme, ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone przez Zamawiającego w obecnej treści narusza Pzp. Zamawiający z niewyjaśnionych powodów w sposób drastyczny zmienił wymagania zawarte w pkt. VI. 1.2 w okresie 2 tygodni pomiędzy ogłoszeniem z dnia 29.06.2008 r., a 13.07.2008 r. Ogłoszenie w bieżącym brzmieniu maksymalnie ogranicza liczbę firm, które mogą się ubiegać o realizację zamówienia, a co za tym idzie powoduje maksymalny wzrost ceny ofertowej. Można przypuszczać, że maksymalne zawyżenie ceny do wartości kosztorysu inwestorskiego jest korzystne dla Inwestora Zastępczego oraz Inspektora Nadzoru, których wynagrodzenie jeśli liczone procentowo od wartości kontraktu.

Natomiast, jest nie korzystne dla budżetu Miasta Lublin i mieszkańców którzy partycypują w kosztach budowy procentowy.

Ponadto, w związku z odrzuceniem przez Zamawiającego poprzedniego protestu złożonego w trakcie poprzedniego postępowania dotyczącego tego samego zadania, jako złożonego niezgodnie z art. 180 Pzp Protestujący wyjaśnia, że jest to nieprawda. Stwierdzenie Zamawiającego, uważa za świadczące o jego nieznaności prawa tym zakresie. Dla wyjaśnienie informuję, iż protest wnosi się w ciągu 7 dni od dnia ogłoszenia w BZP. Jednocześnie, wskazuje: *„iż do wyliczenia w/w terminu stosuje się Kodeks Cywilny V Tytuł. Wyznaczając termin zgodnie z art. 111 § 2 KC, jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Ponadto, termin powinien być obliczony z uwzględnieniem zasady wynikającej z art. 115 KC, czyli - jeżeli ostatni dzień danego terminu przypada na dzień ustawowo wolny od pracy (niedzielę lub święto) termin ten upływa dnia następnego”*.

W dniu 22.07.2008 r. Zamawiający odbiór osobisty przesłał uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym, umieszczając powyższe także na swojej stronie internetowej. Żadne przystąpienia do postępowania protestacyjnego nie miały miejsca.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło faxem w dniu 29.07.2008 r., poprzez jego oddalenie. W ramach uzasadnienia Zamawiający przedstawił następującą argumentację:

Oдноśnie pkt drugiego, stwierdził iż postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 55 ust.1 pkt 5 Pzp oraz w oparciu o Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. z 2007 r., Nr 241, poz.1762) zwany dalej: „rozporządzeniem z dnia 19.12.2007 r.”, § 1 pkt.2 lit. b, tj. gdy wartość zamówienia dla robót budowlanych jest niższa niż 5 150 0000 euro.

Oдноśnie pkt trzeciego, podniósł, iż w pkt VI. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu, jako kryterium spełnienia warunków udziału w postępowaniu żąda wykazaniem się wykonaniem robót drogowych zgodnie z zakresem określonym w p. II.1.3. ogłoszeniu o zamówieniu, co spełnia warunki rozporządzeniem z dnia 19.05.2006 r. Stwierdza, że jeżeli Oferent spełni ten warunek zostanie dopuszczony do dalszego etapu postępowania .

Oдноśnie pkt czwartego, wskazał, iż zgodnie z ogłoszeniem przedmiotem zamówienia jest budowa kanalizacji sanitarnej w ulicach: Laskowej, Raszyńskiej,

Turczynowicza i Skubiszewskiego w Lublinie zgodnie z opisem w p. II.1.4. ogłoszenia o zamówieniu, gdzie został podany wspólny słownik zamówień. Zamawiający podał także precyzyjnie wartość zamówienia obliczoną na podstawie kosztorysu inwestorskiego oraz rodzaj robót, a ponadto zakres rzeczowy robót wynikający z przedmiaru robót na podstawie, którego został sporządzony kosztorys inwestorski. Zauważa, iż bez określenia zakresu robót nie jest możliwe określenie wartości robót, a wartość robót wynika wprost z zakresu rzeczowego robót wyliczoną w oparciu o ceny obowiązujące w danym okresie. Wartość robót i zakres robót stanowi podstawę do określenia szczegółowych warunków jakie będą oceniane przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odnosnie pkt piątego, Zamawiający stwierdził, iż jest zobowiązany do określenia wartości robót będącymi przedmiotem postępowania na podstawie kosztorysu inwestorskiego na podstawie art. 33 ust. 1 pkt 1 Pzp. Podkreśla, że w ogłoszeniu została podana wartość robót jakie może żądać Zamawiający przy ocenie złożonego wykazu robót co spełnia wymogi rozporządzenia z dnia 19.05.2006 r. Wartość rynkowa robót w/g oceny Protestującego - nie ma tu żadnego znaczenia.

Odnosnie pkt szóstego, Zamawiający wskazał, iż wartość robót według kosztorysu inwestorskiego wynosi - 978 845,83 zł netto. Wyjaśnił, iż z uwagi na to, że Zamawiający przewiduje konieczność udzielenia zamówień uzupełniających - zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp z uwagi na prowadzenie robót w terenie o nieznanym uzbrojeniu podziemnym - zgodnie z pkt 4.2 ogłoszenia o zamówieniu (str. 6) wymagane jest dostarczenie - informacji z banku o posiadanych środkach finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości 1 mln zł. z uwagi na to, że rozliczenie całości robót nastąpi jednorazowo na podstawie faktury końcowej. Zdaniem Zamawiającego, postawił on warunki adekwatne do przedmiotu zamówienia, dostosowane do warunków terenowych w jakich będą realizowane roboty, zgodnie z wymaganiami projektanta, a ponadto zgodnie: - z Pzp oraz Rozporządzeniami:

- rozporządzeniem z dnia 19.12.2007 r.;
- rozporządzeniem z dnia 19.05.2006 r.;
- rozporządzeniem z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2007 r., Nr 187, poz.1327).

Ponadto, stwierdził, iż termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu upłynął i, że Protestującemu nie przysługuje odwołanie.

W dniu 04.08.2008 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Rozstrzygnięciu protestu zarzucił naruszenie:

- 1) art. 180 i 184 Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie wcześniejszego protestu dotyczącego tej samej inwestycji z jednoczesnym ponownym ogłoszeniem negocjacji w BZP bez umożliwienia nam wniesienia odwołania;
- 2) art. 55.1 Pzp poprzez bezpodstawne zastosowanie procedury negocjacji z ogłoszeniem pomimo braku ustawowych przesłanek;
- 3) art. 7.1 i art.25 ust.1 i 2 Pzp poprzez nieuzasadnione zawężenie wykazu robót drogowych do robót związanych z budową dróg pomimo że zakres robót dotyczy odtworzenia nawierzchni po robotach związanych z budową kanalizacji;
- 4) art. 25 ust. 2 Pzp poprzez określenie minimalnego zakresu robót a nie tylko ich rodzaju i wartości;
- 5) art.25 ust. 2 Pzp poprzez określenie minimalnej wartości robót na poziomie kosztorysu inwestorskiego i jednoczesne dopuszczenie robót o większej wartości przy uniemożliwieniu złożenia referencji z robót o podobnej złożoności lecz o wartości rynkowej-mniejszej;
- 6) art.7 ust. 1 i art.25 ust. 2 Pzp poprzez określenie minimalnej wymaganej zdolności kredytowej bądź kwoty dostępnych środków na poziomie przekraczającym ilość środków potrzebnych do zrealizowania zadania.

Wnosząc o:

- 1) Unieważnienia postępowania jako naruszające zapisy PzP.
- 2) Wyciągnięcie konsekwencji wobec Zamawiającego jako winnego rażącego nieprzestrzegania Pzp.
- 3) Nakazanie Zamawiającemu modyfikacji zapisu pkt. VI. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu w którym Zamawiający żąda wykazu robót i dokumentów dotyczących budowy dróg poprzez jego zmianę na roboty dotyczące odtworzenia nawierzchni.
- 4) Nakazanie Zamawiającemu wykreślenia zapisu pkt. VI. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu w którym Zamawiający żąda robót o określonym zakresie rzeczowym co stanowi daleko posuniętą i nieuprawnioną nadinterpretację Rozporządzenia z dnia 19.05.2006 r. wydanego na podstawie art.25 ust. 2 Pzp.
- 5) Nakazanie Zamawiającemu modyfikacji zapisu pkt. VI. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu w którym Zamawiający żąda robót o określonej na podstawie kosztorysu inwestorskiego wartości poprzez dopuszczenie robót tak o wartości większej jak i mniejszej, lecz o podobnej złożoności.
- 6) Nakazanie Zamawiającemu modyfikacji zapisu pkt. VI. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu w którym Zamawiający żąda środków finansowych bądź zdolności kredytowej na poziomie 1 min zł. poprzez zmniejszenie tej kwoty o połowę gdyż wnioskowana kwota gwarantuje wykonanie zamówienia należycie.

Odwołujący podtrzymał całą argumentację zawartą w proteście, stwierdził iż treść części dotyczącej wymagań stawianych Oferentom w rażący sposób odbiega od pierwszego

ogłoszenia. Określając w pkt. VI. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu wymagania odnośnie wartości robót na poziomie kosztorysu inwestorskiego lub większych, jego zdaniem Zamawiający zamyka drogę do ubiegania się o udzielenie zamówienia firmom mniejszym, które znajdują się w sytuacji umożliwiającej zrealizowanie inwestycji. Informuje, że na terenie Lublina firmy wygrywają przetargi przyjmując cenę ofertową na poziomie 60-70% kosztorysu inwestorskiego, jak również, iż w latach ubiegłych roboty o podobnym charakterze były objęte stawką VAT 7% a obecnie 22% w związku z powyższym żądanie robót o określonej minimalnej wartości na poziomie kosztorysu inwestorskiego brutto powoduje że oferenci przedkładając referencje z lat ubiegłych są zmuszeni do wykazywania się robotami o wartości netto ok. 15% większej. Żądanie robót o wartości równej kosztorysowi inwestorskiemu bądź większych jednoznacznie faworyzuje firmy duże co narusza art.7 ust.1 Pzp.

W pkt VI. 1.2 zaproszenia Zamawiający określił zakres robót jakimi oferenci mogą się wykazać odnośnie długości kanalizacji sanitarnej i powierzchni wykonanej drogi. Zgodnie z rozporządzeniem z dnia 19.05.2006 r. Zamawiający może żądać robót odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, a nie zakresu robót. Zauważa także, że wymaganie zakresu robót na poziomie dokładnego zakresu przedmiotu zamówienia należy uznać za przesadne. Nic powinno budzić obaw Zamawiającego by oferent który wykonał 1 100 m kanalizacji i 8 00 m² odtworzenia nawierzchni asfaltowej nie poradził sobie z należyтым wykonaniem przedmiotu zamówienia. Zapis powyższy narusza art.25 ust. 2 oraz art.7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący stwierdza, iż budowa drogi przez swoją złożoność nie jest tym samym co odtworzenie nawierzchni po robotach. Przedmiotowy zapis zawarty w pkt. VI. 1.2 jest naruszeniem art.25 ust. 2 oraz art.7 ust. 1 Pzp i preferuje firmy z branży drogowej.

Odnosnie zarzutu odnośnie zdolności kredytowej, Odwołujący stwierdza, iż wyjaśnienia zawarte w odpowiedzi na protest są sprzeczne z zapisami zaproszenia. Według treści zaproszenia istnieje możliwość składania faktur częściowych, a więc oprotestowane wymagania odnośnie kredytowania inwestycji są bezzasadne. Ponadto zauważyć należy, że wymagania odnośnie zdolności kredytowej są nieadekwatne do nakładów finansowych jakie oferent musi ponieść w celu zrealizowania przedmiotu zamówienia należycie. Zamawiający oczekuje kredytowania nie tylko materiału, kosztów robocizny i sprzętu ale i kosztów ogólnych zysku oraz zobowiązań podatkowych, co narusza art. 7 ust.1 i art.25 Pzp.

Odwołujący podniósł także, iż informacja że przewiduje się konieczność udzielenia zamówień uzupełniających mając na uwadze realizację robót w terenie o nieznanym uzbrojeniu, jest niezgodne ze stanem faktycznym ponieważ teren na którym realizowana będzie inwestycja jest uzbrojony w sieci telefoniczną gazową, energetyczną i wodociągową a w okresie kiedy sieci te były budowane istniał obowiązek ich inwentaryzowania. Natomiast,

zgodnie z protokołem ZUDP za nie zinwentaryzowane urządzenia odpowiada ich użytkownik.

Kopie odwołania Zamawiający otrzymał 06.08.2008 r. (wpływ bezpośredni).

W dniu 07.08.2008 r. Zamawiający przekazał przesłał uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (faxem) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia do postępowania odwoławczego nie miały miejsca.

W dniu 21.08.2008 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wpłynęło pismo Zamawiającego, który wnosił o

1. odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt. 1 Pzp,
2. obciążenie Odwołującego kosztami postępowania.
3. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie przedstawionego rachunku.

Zamawiający – Wykonawca: Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego TORGAN Sp. z o.o. w Lublinie jest spółką prawa handlowego, wpisaną do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy w Lublinie Wydział IX Gospodarczy KRS numer 0000045092, wysokość kapitału zakładowego 50.000 PLN, NIP 712 015 35 95, w której wspólnikami są wyłącznie osoby fizyczne.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia Zamawiający prowadzi na podstawie Umowy Nr 673/SiR/CP/2007 zawartej w dniu 26.03.2007r. z Gminą Lublin. Na podstawie tej umowy Gmina Lublin zleciła Zamawiającemu pełnienie funkcji inwestora zastępczego nad realizacją ww. zadania w ramach programu inwestycji miejskich przy udziale finansowym mieszkańców. Umowa zawarta została po uprzednim przeprowadzeniu przez Gminę Lublin postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z § 2 umowy Wykonawca (Zamawiający w niniejszym postępowaniu) zobowiązał się m.in. do pozyskania wykonawców robót w trybie Pzp. Zgodnie z § 4 umowy Wykonawca (Zamawiający w niniejszym postępowaniu) działa we własnym imieniu w ramach udzielonego pełnomocnictwa, co oznacza, że jest obowiązany do prowadzenia działań wynikających z umowy z należytą starannością. Załączając jako dowód:

- 1) odpis z KRS nr 0000045092;
- 2) Umowa Nr 673/Sir/CP/2007 z dnia 26 marca 2007 r. zawartą z Gminą Lublin.

Ponadto, Zamawiający stwierdził, iż prowadzenie postępowania „w trybie ustawy Pzp” nie oznacza, że działające we własnym imieniu Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego TORGAN Sp. z o.o. w Lublinie jest „zamawiającym” w rozumieniu art 2 pkt 12) i art. 3 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 3 ust. 1 Pzp, ustawę stosuje się do udzielania zamówień

publicznych przez podmioty wymienione w pkt 1 - 7. W ocenie Zamawiającego tylko te podmioty są zobowiązane do stosowania procedur zamówień publicznych (teza 1 do art. 3 Prawo zamówień publicznych Komentarz pod red. Tomasza Czajkowskiego UZP Warszawa 2006), a zatem tylko te podmioty mogą być stroną w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych.

Sam fakt stosowania procedur ustawy Prawo zamówień publicznych (co ma miejsce w niniejszym postępowaniu) nie przesądza o objęciu Zamawiającego przepisami Pzp. Jeżeli Zamawiający nie jest podmiotem zobowiązanym do stosowania ustawy (art. 3 ust. 1 Pzp) lub wartość szacunkowa zamówienia nie obliguje Zamawiającego do stosowania ustawy (art. 4 pkt. 8) lub art. 133 Pzp), to w danym postępowaniu nie przysługują wykonawcom środki ochrony prawnej określone w Dziale VI Pzp (podobnie: postanowienie ZA z dnia 21.03.2007r. sygn. akt UZO/ZA/ZO-281/07 i postanowienie ZA z dnia 17.05.2007r. sygn. akt UZO/ZA/ZO-544/07).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła i ustaliła, co następuje :

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 Pzp z uwagi na nieprzekazanie przez Odwołującego kopii odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do jego złożenia. Należy zauważyć, że art. 184 ust. 2 Pzp wymaga przekazania kopii odwołania jednocześnie z jego wniesieniem do Prezesa UZP. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO (np.: postanowienie KIO z dnia 16.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 70/07, postanowienie KIO z dnia 11.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 131/08, postanowienie z dnia 20.05.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 434/08, postanowienie KIO z dnia 23.06.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 562/570/08) oraz Sądów Okręgowych (np.: wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 12.07.2007 r., sygn. akt: VIII Ga 124/07, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 05.11.2007 r., sygn. akt: V Ca 1889/07, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28.02.2008 r., sygn. akt: XIX Ga 40/08) do obowiązku przekazania kopii odwołania nie może mieć zastosowania przepis zdania ostatniego powołanego przepisu, mówiący o tym, że termin jest dochowany, jeżeli pismo zostanie złożone w placówce pocztowej operatora publicznego. Zdanie ostatnie dotyczy wyłącznie wnoszenia pisma do Prezesa UZP, nie zaś przekazywania kopii Zamawiającemu. W stosunku do przekazania kopii odwołania zastosowanie winna mieć teoria doręczenia, według której oświadczenie uważa się za złożone w momencie, w którym jego treść dotarła do adresata w taki sposób, że mógł się z nią zapoznać. Oznacza to, że kopia odwołania musi zostać doręczona Zamawiającemu najpóźniej w ostatnim dniu terminu do złożenia odwołania. Podobne stanowisko zaprezentował Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku

z dnia 30.01.2007 r., sygn. akt: V Ca 117/07, stwierdzając, iż: „Mając na uwadze ogólną zasadę rządzącą postępowaniem o zamówienie publiczne, tj. szybkość i cel jakiemu służy powiadomienie zamawiającego o odwołaniu, tj. po pierwsze konieczność poinformowania o jego treści innych zainteresowanych – wykonawców, po drugie jak najszybsze powzięcie wiadomości o zakończeniu bądź nie postępowania wywołanego protestem, a tym samym możliwość skutecznego zawarcia umowy z wykonawcą najkorzystniejszej oferty, w ocenie Sądu Okręgowego, o zachowaniu terminu na przekazanie kopii zamawiającemu i wywiązanie się z obowiązku jednoczesności możemy mówić wtedy, gdy kopia tego odwołania dotrze do Zamawiającego w terminie przewidzianym na jego wniesienie”.

W niniejszej sprawie faktycznym, termin do złożenia odwołania upływał 04.08.2008 r., jak wynika z nadania listu poleconego kopia odwołania została co prawda nadana 04.08.2008 r., ale jej doręczenie Zamawiającemu nastąpiło dopiero 06.08.2007 r. (zgodnie z informacją zawartą w treści wezwania do przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 07.08.2008 r.). Powyższy stan faktyczny został potwierdzony na posiedzeniu przez Zamawiającego, jak również Odwołującego. Ten ostatni potwierdził również, iż kopia odwołania nie została przekazana w jakikolwiek inny sposób w dniu 04.08.2008 r.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji. O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3600 zł., tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*