

Sygn. akt: KIO/UZP 1323/09

POSTANOWIENIE
z dnia 28 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 28 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Firmę Handlowo - Produkcyjno - Usługową „JANOSIK” Import - Export Marian Ślazyk, 34-654 Męcina 658** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Starostwo Powiatowe w Krapkowicach, 47-303 Krapkowice, ul. Kilińskiego 1** protestu z dnia 19 sierpnia 2009 r.

orzeka:

- 1. odrzuca odwołanie.**
- 2. kosztami postępowania obciąża Firmę Handlowo - Produkcyjno - Usługową „JANOSIK” Import - Export Marian Ślazyk, 34-654 Męcina 658**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Firmę Handlowo - Produkcyjno - Usługową „JANOSIK” Import - Export Marian Ślazyk, 34-654 Męcina 658,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 5 538 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Firmy Handlowo - Produkcyjno - Usługowej „JANOSIK” Import - Export Marian Ślazyk, 34-654 Męcina 658.**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Remont dachu budynku Zespołu Szkół Zawodowych im. Piastów Opolskich w Krapkowicach”, wykonawca - Marian Ślazyk, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo - Produkcyjno - Usługowa "JANOSIK" Import - Export Marian Ślazyk, zwany dalej protestującym lub odwołującym złożył protest wobec zaniechania zamawiającego, polegającego na nie wykluczeniu z postępowania wykonawców nie spełniających warunków przewidzianych w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, tj.

1. zaniechania polegającego na nie odrzuceniu ofert wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, to jest ofert złożonych przez Konsorcjum - Lider "OPEX" S.A. oraz przez „Budopap” sp. z o.o.,
2. ewentualnie zaniechania, polegającego na nie odrzuceniu ofert złożonych przez Konsorcjum - Lider "OPEX" S.A. oraz przez „Budopap” sp. z o.o. w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, których treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,

oraz na

3. czynność, polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty, która winna być odrzucona na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, to jest oferty złożonej przez Konsorcjum - Lider "OPEX" S.A.

Zamawiający protest oddalił w całości, jednocześnie pouczając protestującego, że protest został rozstrzygnięty ostatecznie, w związku z tym, zgodnie z art.182 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp, od rozstrzygnięcia protestu nie przysługuje odwołanie.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty, żądania i argumentację zawartą uprzednio w proteście.

Dodatkowo podniósł, że nieuzasadnione jest twierdzenie zamawiającego, jakoby protest był rozstrzygnięty ostatecznie. Z art. 184 ust. 1a ustawy Pzp wynika bowiem, że odwołanie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzucenia oferty, co oznacza, że rozstrzygnięcie nie musi dotyczyć wykluczenia z postępowania tego wykonawcy, który wniósł protest, ani odrzucenia jego oferty. Rozstrzygnięcie może dotyczyć także zaniechania dotyczącego innego wykonawcy, gdyż ustawa stanowi, iż protest ma dotyczyć ogólnie rozumianego wykluczenia (zatem ma być to protest "w sprawie"), a nie zaś, że oprotestowana czynność ma polegać na wykluczeniu (czy też odrzuceniu oferty), co istotnie uzasadniałoby argumentację, iż protest nie może dotyczyć zaniechania.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron skład orzekający Izby uznał, że odwołanie złożone przez Mariana Ślęzyk, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo - Produkcyjno - Usługowa "JANOSIK" Import - Export Marian Ślęzyk podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 187 ust. 4 pkt 8 w związku z art. 184 ust. 1a ustawy Pzp.

Stosownie do przepisu art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Pzp odwołanie podlega odrzuceniu, bez merytorycznego rozpoznania podniesionych w nim zarzutów, jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (tzw. „progi unijne”) odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził, że wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia publicznego ustalona przez zamawiającego w dniu 08.07.2009 r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego, co wynika z treści protokołu postępowania (Część ogólna pkt 2 Druku ZP - 2), wynosi 1 485 838,48 zł, co stanowi równowartość 383 234,50 euro.

Wartość ta została potwierdzona przez zamawiającego, poprzez udzielenie wyjaśnień na piśmie (pismo znak: ZP.3431-9/09 z dnia 08.09.2009 r. - w aktach sprawy) oraz ustnie do protokołu w trakcie posiedzenia Izby.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, co potwierdza opis przedmiotu zamówienia zawarty w postanowieniach SIWZ oraz treść ogłoszenia o zamówieniu,

opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10.07.2009 r. pod pozycją 233056.

Wskazana wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia oraz okoliczność, że postępowanie dotyczy robót budowlanych, przesądzają o tym, że postępowanie prowadzone jest na zasadach określonych dla zamówień o mniejszej wartości, tj. zamówień poniżej wartości progów unijnych, które zostały określone w przepisach rozporządzenia 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. Nr 241, poz. 1762).

Odwołując się do § 1 pkt 2 tego rozporządzenia stwierdzić należy, że dla zamówień na roboty budowlane, udzielanych przez zamawiających z sektora samorządowego, wartość tego progu wynosi równowartość kwoty 5 150 000 euro.

Dla prowadzonego przez Powiat Krapkowicki postępowania na „Remont dachu budynku Zespołu Szkół Zawodowych im. Piastów Opolskich w Krapkowicach” oznacza to, że ustalona przez zamawiającego wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia na poziomie 383 234,50 euro mieści się poniżej wskazanego progu unijnego (5 150 000 euro).

Skład orzekający Izby uznaje, że niewątpliwie kluczowym dla ochrony interesu prawnego wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prawo do składania środków ochrony prawnej, uregulowanych w dziale VI ustawy Pzp.

Prawo to przysługuje wszystkim wykonawcom we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jednak nie w takim samym zakresie.

Prawo to zostało bowiem ograniczone przez ustawodawcę w odniesieniu do postępowań prowadzonych na zasadach określonych dla zamówień o mniejszej wartości, tj. zamówień poniżej wartości progów unijnych, podlegających publikacji w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Jak wykazano powyżej takim właśnie postępowaniem poniżej wartości progów unijnych jest przedmiotowe postępowanie na „Remont dachu budynku Zespołu Szkół Zawodowych im. Piastów Opolskich w Krapkowicach”.

Ograniczenie co do trybu odwoławczego (środka ochrony prawnej w postaci odwołania) ustawodawca wyraził w przepisie art. 184 ust. 1a ustawy Pzp, zgodnie z którym jedynie niektóre wymienione w tym przepisie czynności podlegają zaskarżeniu. Czynnościami tymi są:

4. wybór trybu niekonkurencyjnego, tj. trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki oraz zapytania o cenę,
5. opis przez zamawiającego sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,

6. wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
7. odrzucenia oferty wykonawcy.

Z brzmienie wskazanego przepisu jednoznacznie wynika, że na etapie badania i oceny ofert (tego etapu dotyczy pkt 3 i 4) w postępowaniu o wartości poniżej progów unijnych, zaskarżeniu podlega wyłącznie czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania bądź czynność odrzucenia oferty.

Przedmiotowe odwołanie dotyczy etapu badania i oceny ofert, jednak nie dotyczy czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu i czynności odrzucenia oferty, ale dotyczy zaniechania czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu dwóch konkurentów odwołującego i zaniechania czynności odrzucenia ich ofert.

Rozróżnienie przez ustawodawcę czynności podjętej przez zamawiającego od zaniechania czynności, do której podjęcia jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp wynika wprost z brzmienia art. 180 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając zatem to rozróżnienie oraz przepis art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Pzp nakazujący odrzucenie odwołania w tej sytuacji, jeśli nie dotyczy wskazanych czynności oraz przy wskazanej interpretacji przepisu art. 184 ust. 1a ustawy Pzp stwierdzić należy, że prawo do składania środka ochrony prawnej w postaci odwołania w tzw. postępowaniach podprogowych dotyczy wyłącznie czynności, nie zaś zaniechań zamawiającego.

Z perspektywy wykonawcy składającego odwołanie, zamawiający wyłącznie w stosunku do tego wykonawcy i jego oferty dokonuje czynności (odpowiednio wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu bądź odrzucenia oferty wykonawcy), w stosunku zaś do konkurentów i ich ofert zamawiający może się dopuścić wyłącznie zaniechania (zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu bądź zaniechania czynności odrzucenia oferty).

Reasumując, Prawo zamówień publicznych ogranicza prawo do odwoływania się w postępowaniach o mniejszej wartości do czynności zamawiającego związanych z odrzuceniem oferty wykonawcy, który korzysta z prawa do odwołania oraz wykluczeniem tego właśnie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Prawo to nie zezwala natomiast na podważanie niewykluczenia, czy też nieodrżucenia.

Uwzględniając okoliczność, że zarzuty podniesione w odwołaniu nie dotyczą czynności określonych w art. 184 ust. 1a ustawy PZP, a wyłącznie zaniechań zamawiającego i ich konsekwencji (wybór oferty najkorzystniejszej), działając na podstawie przepisu art. 187 ust. 4 pkt 8 oraz art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....