

Sygn. akt KIO/UZP 1367/09

Sygn. akt KIO/UZP 1392/09

POSTANOWIENIE
z dnia 5 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Stręciwilk**

Członkowie: **Barbara Bettman**
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 5 listopada 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 października 2009 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. Przedsiębiorstwo Budowlane ZUR Sp. z o.o., ul. Toruńska 7, 44-100 Gliwice;

**B. Władysław Korlacki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą:
Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Monterin, ul. Szkolna 7, 40-007 Katowice**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasto Łaziska Górne, Pl. Ratuszowy 1, 43-170 Łaziska Górne** protestów z dnia 31 sierpnia 2009 r. i 1 września 2009 r.

przy udziale **Edwarda Ratka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą:
Zakład Remontowo Budowlany Edward Ratka, ul. Jasna 1-5, 43-190 Mikołów,** zgłaszającego swoje przystąpienia do obydwu postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołania

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Budowlane ZUR Sp. z o.o., ul. Toruńska 7, 44-100 Gliwice i Władysława Korlackiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Monterin, ul. Szkolna 7, 40-007 Katowice** 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 wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **2 231 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane ZUR Sp. z o.o., ul. Toruńska 7, 44-100 Gliwice;**
 - B** koszty w wysokości **2 231 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Władysław Korlacki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Monterin, ul. Szkolna 7, 40-007 Katowice**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A** kwoty **7 769 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwo Budowlane ZUR Sp. z o.o., ul. Toruńska 7, 44-100 Gliwice,**
 - B** kwoty **7 769 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Władysław Korlacki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Monterin, ul. Szkolna 7, 40-007 Katowice.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę sali gimnastycznej i łącznika wraz z zagospodarowaniem terenu przy Szkole Podstawowej nr 5 położonej przy ul. Szkolnej 4 w Łaziskach Górnych”, którego dotyczą odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo Budowlane ZUR Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (sygn. akt: KIO/UZP 1367/09), zwane dalej: „*PB ZUR*” oraz Władysława Korlackiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Monterin z siedzibą w Katowicach (sygn. akt: KIO/UZP 1392/09), zwane dalej: „*PW Monterin*” zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 lipca 2009 r. (nr ogłoszenia: 107513). Postępowanie to prowadzi Gmina Miasto Łaziska Górne zwana dalej: „*Zamawiającym*”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej: „*ustawą Pzp*”.

Skład orzekający Izby rozpoznając na posiedzeniu złożone odwołania doszedł do przekonania, że podlegają one odrzuceniu bez merytorycznego rozpoznania podnoszonych w nich zarzutów. Podstawę prawną podjętej przez Izbę decyzji stanowią art. 187 ust. 4 pkt 6 i 8 ustawy Pzp. Stosownie do wskazanych przepisów Izba odrzuca odwołanie, jeśli zostało wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy Pzp i dotyczy czynności, które Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp), a także w sytuacji, gdy odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a ustawy, a zostało złożone w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, tj. zamówienie poniżej wartości tzw. progów UE (art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Pzp).

W rozpoznawanych przez Izbę odwołaniach obydwaj Odwołujący się podnieśli zarzuty dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej, wskazując, że zawiera ona niezgodności z SIWZ, a wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Wskazane zarzuty w zamówieniu o wartości poniżej progów UE nie mogą być kwestionowane w trybie wnoszonego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołania. W tej mierze wykonawcom przysługuje wyłącznie prawo do protestu składanego do Zamawiającego.

W niniejszej sprawie skład orzekający Izby ustalił, że wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia publicznego ustalona przez Zamawiającego na podstawie

kosztorysu inwestorskiego – zgodnie z treścią protokołu z postępowania (Część ogólna pkt 2 Druku ZP – 2) i wyjaśnieniami Zamawiającego udzielonymi do akt sprawy na piśmie (pismo znak: ZP/341/37/2009-62 z dnia 16 września 2009 r.) – wynosi: 3 411 330,90 zł, co stanowi równowartość 879 866,63 euro. Ustalono również, że niniejsze postępowanie o zamówienie publiczne nie stanowi – w świetle art. 32 ust. 4 ustawy Pzp - zamówienia udzielanego w częściach. Ponadto przedmiot zamówienia objęty niniejszym postępowaniem stanowią roboty budowlane, co potwierdza opis przedmiotu zamówienia zawarty w postanowieniach SIWZ oraz treść ogłoszenia o zamówieniu, opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Wskazana wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia oraz okoliczność, że postępowanie prowadzone przez jednostkę samorządu terytorialnego dotyczy robót budowlanych, świadczą o tym, że postępowanie prowadzone jest na zasadach określonych dla zamówień o mniejszej wartości, tj. zamówień poniżej wartości progów unijnych. Wartości tych progów 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), które zostało wydane na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie z § 1 pkt 2 przywołanego rozporządzenia dla zamówień na roboty budowlane, udzielanych przez zamawiających z podsektora samorządowego, wartość tego progu wynosi równowartość kwoty 5 150 000 euro.

Bezsprzecznie zatem ustalona przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia na poziomie 879 866,63 euro mieści się poniżej wartości progów unijnych, określonych w przepisach przywołanego rozporządzenia.

Dla zamówień o takich wartościach ustawodawca w przepisie art. 184 ust. 1a ustawy Pzp przewidział ograniczenie do wnoszenia odwołań od rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego. Stosownie do tego przepisu wyłącznie niektóre, enumeratywnie wymienione w tym przepisie czynności podlegają zaskarżeniu w trybie odwoławczym. Są to następujące czynności:

- 1) wybór trybu niekonkurencyjnego, tj. trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki oraz zapytania o cenę;
- 2) opis przez zamawiającego sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 4) odrzucenie oferty wykonawcy.

Biorąc pod uwagę brzmienie wskazanego przepisu, na etapie oceny ofert w przetargu nieograniczonym na roboty budowlane o wartości poniżej progów unijnych, zaskarżeniu podlega wyłącznie czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania, bądź czynność odrzucenia oferty. Ustawodawca zatem w postępowaniach o mniejszej wartości ograniczył prawo do odwoływania się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyłącznie do czynności zamawiającego związanych z odrzuceniem oferty wykonawcy, który korzysta z prawa do odwołania oraz czynności związanych z wykluczeniem tego właśnie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Przepis nie dotyczy natomiast możliwości zaskarżenia zaniechania dokonania innych czynności przez Zamawiającego i jako wyjątek od zasady (brak trybu odwoławczego dla zamówień poniżej wartości progów unijnych) nie może być interpretowany rozszerzająco.

Drugą grupę zarzutów podniesionych w odwołaniach obydwu Odwoływających się są zarzuty dotyczące odrzucenia ofert tych wykonawców przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako sprzecznych z SIWZ. W tej mierze wskazana powyżej przesłanka do odrzucenia odwołania (art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Pzp) nie została wypełniona (zarzuty mieszczą się w zakresie dyspozycji art. 184 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp), jednakże Izba stwierdziła, że dotyczą one czynności Zamawiającego wykonanych zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Wskazane aktualnie zarzuty, dotyczące tak Odwoływającego PB ZUR, jak i Odwoływającego PW Monterin, były podnoszone na etapie wcześniej toczących się postępowań protestacyjnych, których uczestnikami byli obaj Odwoływający się. Te postępowania toczące się w wyniku wniesienia protestów zostały ostatecznie rozstrzygnięte, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, przez uwzględnienie tych protestów przez Zamawiającego, od których to rozstrzygnięć wykonawcy Odwoływający się, których interes prawny poprzez rozstrzygnięcia protestów został naruszony, nie złożyli odwołań.

Przedmiotem złożonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a rozpatrywanych aktualnie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołań i poprzedzających ich protestów była czynność Zamawiającego oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, o której Zamawiający poinformował wykonawców w dniu 25 sierpnia 2009 r. W informacji tej wskazano na wybór oferty Edwarda Ratka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład Remontowo – Budowlany Edward Ratka z siedzibą w Mikołowie, (dalej: „ZRB Edward Ratka”) oraz m.in. na odrzucenie ofert odwoływających się wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu nieprawidłowości w kosztorysach ofertowych tych wykonawców. Czynności te zostały zaskarżone w trybie protestów złożonych do Zamawiającego przez PB ZUR w dniu 31 sierpnia 2009 r., zaś przez PB Monterin - w dniu 1

września 2009 r. Na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazane nieprawidłowości w ofertach Odwołujących się były przedmiotem protestów złożonych przez :

- 1) ZRB Edward Ratka z dnia 17 sierpnia 2009 r. złożonego do Zamawiającego w dniu 19 sierpnia 2009 r.
- 2) PB ZUR z dnia 18 sierpnia 2009 r., złożonego do Zamawiającego w tej samej dacie

Protesty te zostały przez Zamawiającego rozstrzygnięte w dniu 25 sierpnia 2009 r. poprzez odpowiednio:

- 1) uwzględnienie w całości
- 2) uwzględnienie w części, w zakresie zarzutów, które podnoszone są aktualnie w odwołaniu PB ZUR.

Uczestnikami tych postępowań toczących się w wyniku wniesienia protestów byli aktualni Odwołujący się, którzy na skutek wezwania do wzięcia udziału w tych postępowaniach złożyli swoje przystąpienia, wnosząc o oddalenie zarzutów dotyczących ich ofert.

Zamawiający uwzględniając te protesty i podniesione w nich zarzuty stwierdził, że w dokonanej ocenie ofert dopuścił się naruszeń co do oceny ofert wskazywanych przez protestujących wykonawców, które skutkują odrzuceniem ofert PW ZUR i PB Monterin z uwagi na nieprawidłowości w kosztorysach ofertowych tych wykonawców, świadczące o sprzeczności ich ofert z treścią SIWZ. Zamawiający zapowiedział w rozstrzygnięciu protestu, że dokonana w tym zakresie ponownej oceny ofert.

Od rozstrzygnięć tych protestów, naruszających interes prawny w uzyskaniu zamówienia wykonawców PW ZUR i PB Monterin, wykonawcy ci nie złożyli odwołania do Prezesa UZP.

Uwzględniając powyższe w świetle przepisów art. 181 ust. 6 oraz 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp uznać należy, iż wykonawca może kwestionować czynności zamawiającego będące wynikiem rozstrzygnięcia protestu, tylko w ramach danego postępowania protestacyjnego, w którym rozstrzygnięcie to zapadło. Tym samym Odwołujący się nie wnosząc odwołań od rozstrzygnięć protestów przez Zamawiającego z dnia 25 sierpnia 2009 r. stracili możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej dotyczących czynności , które były wynikiem uwzględnienia tych protestów.

W opinii składu orzekającego Izby, nie może w tym zakresie mieć znaczenie błędne pouczenie przez Zamawiającego w rozstrzygnięciach wskazanych protestów o braku możliwości składania od tych rozstrzygnięć odwołań.

Odwołujący są bowiem profesjonalnymi uczestnikami obrotu gospodarczego i powinni mieć świadomość obowiązujących w tej mierze przepisów ustawy Pzp. Nieodpowiadające bezwzględnie obowiązującym przepisom prawa zachowania Zamawiającego nie mogą prowadzić do zmiany tych przepisów, a ponadto w trybie ustawowym podlegają weryfikacji przez wykonawców.

Co do argumentu Odwołującego PB Monterin, że czynności odrzucenia ofert zostały przez Zamawiającego wyłącznie zapowiedziane, a nie dokonane w trybie rozstrzygnięcia protestu skład orzekający Izby stwierdza, że zgodnie z przepisami ustawy Pzp (art. 183 ust. 5) Zamawiający powinien powstrzymać się z wykonaniem oprotestowanych czynności, które uwzględnił w ramach rozstrzygnięcia protestu, w sytuacji, gdy co najmniej jedno z żądań zgłoszonych w toku postępowania protestacyjnego nie zostało uwzględnione. Taka sytuacja w niniejszej sprawie miała miejsce (żądania zgłaszających przystąpienia – aktualnych Odwołujących się - nie zostały uwzględnione) w związku z czym Zamawiający w ramach rozstrzygnięcia protestu słusznie zapowiedział wyłącznie dokonanie czynności ponownej oceny ofert. Od takiego rozstrzygnięcia protestu, zgodnie z art. 184 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wykonawcom, którzy uczestniczyli w poprzedzającym to postępowaniu protestacyjnym (złożyli protest, bądź przyłączyli się do protestu) albo przynajmniej zostali zaproszeni do udziału w tym postępowaniu (wezwanie ze strony Zamawiającego), jeśli rozstrzygnięcie protestu narusza ich interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Takie prawo zatem Odwołujący PW ZUR i PB Monterin posiadali, ale z własnej woli z niego zrezygnowali.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Izba, działając na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.) w związku z art. 187 ust. 1 ustawy Pzp, wydała w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:

.....

.....