

Sygn. akt KIO/UZP 909/09

POSTANOWIENIE
z dnia 27 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Andrzej Niwicki
Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 27 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „PEUK” S.A., Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane ZETPRI-EKO Sp. z o.o. oraz ZE ELEKTROMECH Sp. z o.o., ul. Roosevelta 39, 07-300 Piotrków Trybunalski** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Piotrków Trybunalski, Pasaż Karola Rudowskiego 10, 97-300 Piotrków Trybunalski** protestu z dnia 23 czerwca 2009 r.

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „PEUK” S.A., Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane ZETPRI-EKO Sp. z o.o. oraz ZE ELEKTROMECH Sp. z o.o., ul. Roosevelta 39, 07-300 Piotrków Trybunalski** 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 uiszczonego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „PEUK” S.A., Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane ZETPRI-EKO Sp. z o.o. oraz ZE ELEKTROMECH Sp. z o.o., ul. Roosevelta 39, 07-300 Piotrków Trybunalski,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (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: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „PEUK” S.A., Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane ZETPRI-EKO Sp. z o.o. oraz ZE ELEKTROMECH Sp. z o.o., ul. Roosevelta 39, 07-300 Piotrków Trybunalski.**

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

Zamawiający: Miasto Piotrków Trybunalski prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „przebudowę ulicy Dąbrowskiego w Piotrkowie Trybunalskim w ramach projektu Trakt Wielu Kultur”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych poz. 152666 w dniu 18 maja 2009 r.

Zamawiający pismem z dnia 17 czerwca 2009 r. poinformował Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „PEUK” S.A., Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane

ZETPRI-EKO Sp. z o.o. oraz ZE ELEKTROMECH Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim (zwane dalej Konsorcjum PEUK lub odwołującym) o unieważnieniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Konsorcjum PEUK wniosło protest dotyczący czynności unieważnienia postępowania dokonanej bez uprzedniego dokonania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. wobec zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, w którym zarzuciło zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 8 ust. 1, art. 23 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 91 ust. 1, art. 92, art. 93 ust. 1 pkt 1, art. 96 ust. 1, art. 96 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej Pzp, wnosząc o uznanie za nieważną czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i czynności unieważnienia postępowania oraz o dokonanie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający nie dokonał obligatoryjnej czynności wynikającej z dyspozycji określonej w art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ustawy Pzp i zaniechał zawiadomienia wynikającego z brzmienia wskazanego powyżej przepisu, a ponadto w dniu 18 czerwca 2009 r. zamawiający odmówił odwołującemu dostępu do protokołu postępowania i załączników informując, iż nie został on sporządzony.

W ocenie odwołującego unieważnienie przetargu z pominięciem obowiązków wynikających z art. 91 ust. 1 i art. 92 Pzp, stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp jak również art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Odwołujący oświadczył, iż powziął domniemanie o wykluczeniu go z postępowania z treści pisma z 17 czerwca 2009 r. oraz z podstawy prawnej unieważnienia postępowania. Przywołując art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp zamawiający musiał dokonać oceny jedynej złożonej oferty, a następnie uznać, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie jest możliwe unieważnienie postępowania w oparciu o wskazany przepis bez dokonania czynności oceny oferty, a następnie wykluczenia wykonawcy. Odwołujący podniósł, iż zamawiający nie wskazał podstawy wykluczenia protestującego i nie powiadomił go tym fakcie, wobec czego może domniemywać, iż podstawą wykluczenia jest art. 24 ust. 1 pkt 10 lub art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. W proteście odwołujący odniósł się także do ewentualnego uznania przez zamawiającego, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub nie złożył, w wyniku wezwania do uzupełnienia, dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków.

Zamawiający uwzględnił protest w zakresie zaniechania udzielenia pełnej informacji dotyczącej wykluczenia wykonawcy i w związku z tym zapowiedział niezwłoczne powtórzenie

oprotestowanej czynności, zgodnie z art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp, przesyłając jednocześnie (w dniu 29 czerwca 2009 r.) odwołującemu informację o wykluczeniu wykonawcy i unieważnieniu postępowania oraz oddalił protest w zakresie merytorycznej oceny oferty. Zgodnie z treścią tego pisma odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust.1 pkt 10 i ust. 2 pkt 3 Pzp, a jego oferta została uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp. Zarzut protestu dotyczący odmowy wglądu do protokołu zamawiający uznał za bezpodstawny, gdyż żaden wniosek nie wpłynął w tej sprawie, stosownie do dyspozycji przepisu § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Konsorcjum PEUK wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu w zakresie oddalenia protestu. W odwołaniu zarzucono naruszenie art. 7, art. 23 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 91 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, a także nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący oświadczył, że podtrzymuje zarzuty podniesione w proteście dotyczące czynności wykluczenia go z postępowania i unieważnienia postępowania o zamówienia publiczne.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, ustaliła i zważyła, co następuje:

KIO uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 oraz art. 187 ust. 4 pkt 8 Pzp.

Odwołujący zawarł w odwołaniu zarzuty dotyczące czynności unieważnienia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia złożonej przez niego oferty, żądając powtórzenia czynności oceny ofert.

Wartość przedmiotowego zamówienia dotyczącego robót budowlanych wynosi 2 788 259,23 zł, co stanowi równowartość 719 161,03 euro i jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Zarzuty dotyczące

unieważnienia postępowania zostały zawarte w proteście i decyzją zamawiającego wyrażoną w rozstrzygnięciu protestu - zostały oddalone.

Izba zważyła, że stosownie do treści przepisu art. 184 ust. 1a Pzp w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp odwołanie 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, wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, odrzucenia oferty. Z treści powyższego przepisu wynika zatem, że w postępowaniu o zamówienie publiczne o wartości poniżej tzw. progów unijnych, nie przysługuje odwołanie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego unieważnienia postępowania. Stosownie do dyspozycji przepisu art. 187 ust. 4 pkt 8 Pzp Izba odrzuca odwołanie w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp jeżeli odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a Pzp. Na tej podstawie Izba odrzuciła odwołanie w zakresie dotyczącym unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W pozostałym zakresie objętym odwołaniem, tj. dotyczącym wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania oferty odwołującego za odrzuconą, Izba ustaliła, że zamawiający przekazał odwołującemu w dniu 17 czerwca 2009 r. dwa pisma: jedno informujące o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp i drugie – stanowiące odpowiedź na złożone przez odwołującego uzupełnienie dokumentów, w którym stwierdzono m.in., że „w dalszym ciągu brak jest robót spełniających warunki postawione w siwz”. Odwołujący w dniu 23 czerwca 2009 r. wniósł protest, poprzedzający rozpoznawane odwołanie, który dotyczy dokonania przez zamawiającego unieważnienia postępowania „bez uprzedniego dokonania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej” a zatem zaniechania ww. czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp. Potwierdza to treść protestu, w którym odwołujący podnosił m.in., że zamawiający nie dokonał obligatoryjnej czynności wynikającej z dyspozycji określonej w art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ustawy Pzp, zaniechał zawiadomienia wynikającego z brzmienia wskazanego powyżej przepisu, nie wskazał podstawy wykluczenia protestującego i nie powiadomił go tym fakcie. W proteście odwołujący oświadczył także, iż powziął domniemanie o wykluczeniu go z postępowania z treści pisma z 17 czerwca 2009 r. oraz z podstawy prawnej unieważnienia postępowania, co potwierdził również na posiedzeniu. Zamawiający uwzględnił protest w zakresie omawianego zaniechania i wraz z rozstrzygnięciem protestu przesłał odwołującemu pismo z dnia 29 czerwca 2009 r. „Uzupełnienie informacji o wykluczeniu wykonawcy i unieważnieniu postępowania”, w którym poinformował

o wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz o odrzuceniu oferty odwołującego, wskazując podstawę prawną i faktyczną czynności, stosownie do dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie, w którym podniesiono zarzuty dotyczące czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, w powyższym zakresie nie zostało poprzedzone protestem, a w związku z tym zaszła przesłanka odrzucenia odwołania w tym zakresie określona w art. 187 ust. 4 pkt 2 Pzp. Izba zważyła, co następuje.

Zgodnie z brzmieniem art. 180 ust. 1 Pzp protest przysługuje na czynności podjęte przez zamawiającego w postępowaniu (dokonane) lub na zaniechanie przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy Pzp. W świetle tego przepisu protest nie może być wniesiony na domniemanie dokonania czynności - w tym przypadku – domniemanie wykluczenia wykonawcy z postępowania. W niniejszej sprawie faktem bezspornym jest, że zamawiający nie zawiadomił odwołującego o wykluczeniu go z postępowania przed wniesieniem protestu z dnia 23 czerwca 2009 r. Zawiadomienie o tej decyzji (czynności) zamawiający przekazał odwołującemu dopiero w dniu 29 czerwca 2009 r. wraz z rozstrzygnięciem protestu. Protest został więc wniesiony przez odwołującego wobec zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności, która stanowi, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podstawę powzięcia przez wykonawcę wiadomości o losach złożonej oferty, tj. która to czynność uzewnętrznia wynik dokonanego przez zamawiającego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, do której zamawiającego zobowiązuje ustawa Pzp w art. 92 ust. 1 Pzp.

Odwołujący podnosił w trakcie posiedzenia, iż zawiadomienie powyższe stanowi jedynie czynność czysto techniczną, która zawiera informację o uprzednio, faktycznie dokonanej czynności przez zamawiającego. Izba nie podzieliła powyższego stanowiska. Decyzja zamawiającego, tak jak w tym przypadku, dotycząca wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowi oświadczenie woli zamawiającego, które zgodnie z art. 61 k.c. jeżeli ma być złożone innej osobie – jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Podkreślić należy, że zasada pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określona w art. 8 ust. 1 Pzp, oznacza obowiązek zachowania formy pisemnej wszystkich czynności podejmowanych w trakcie postępowania, a także dokumentowania tych czynności. Z uwagi na powyższe, czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu odwołującego z postępowania może być wyrażona wyłącznie za pomocą oświadczenia woli zamawiającego w formie pisemnej, przekazanego wykonawcy. Obowiązek zawiadomienia wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykluczeniu lub odrzuceniu złożonych przez nich ofert, wynika z obowiązku zachowania zasady jawności postępowania, ale przede wszystkim z obowiązku zapewnienia wykonawcom możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej.

Zważyć należy, że zawiadomienie, stosownie do art. 92 ust. 1 Pzp umożliwia powzięcie wiadomości o dokonanej przez zamawiającego czynności, tj. o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu. Dopiero zawiadomienie przekazane w dniu 29 czerwca 2009 r. mogło stanowić podstawę do wniesienia protestu na czynność wykluczenia odwołującego z postępowania, ponieważ dopiero w tym dniu powyższa czynność została zakomunikowana odwołującemu w stosownej formie. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w postanowieniu z dnia 29 listopada 2009 r. sygn. akt II Ca 616/05 „siedmiodniowy termin na wniesienie protestu otwiera bieg od daty zawiadomienia uczestnika o odrzuceniu jego oferty i o wyborze oferty innego wykonawcy, co jest równoznaczne z uzyskaniem przez niego możliwości powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia.”

Reasumując należy stwierdzić, że protest został wniesiony na zaniechanie zawiadomienia o czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, natomiast rozpoznawane odwołanie dotyczy wykluczenia odwołującego z postępowania, zawiera zarzuty dotyczące czynności wykluczenia i żądanie powtórzenia czynności oceny ofert – odwołujący oświadczył w odwołaniu, że „podtrzymuje zarzuty podniesione w proteście dotyczące czynności wykluczenia go z postępowania i unieważnienia postępowania o zamówienia publiczne”.

W świetle powyższego, Izba uznała, że odwołanie, w zakresie dotyczącym czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, nie zostało poprzedzone protestem, co stanowi przesłankę odrzucenia odwołania określoną w art. 187 ust. 4 pkt 2 Pzp. Czynność wykluczenia odwołującego z postępowania nastąpiła w dniu 29 czerwca 2009 r., natomiast protest poprzedzający odwołanie wniesiony w dniu 23 czerwca 2009 r. nie dotyczył tej czynności lecz zaniechania czynności zawiadomienia o wynikach oceny ofert. Podkreślić należy, że wobec czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, o której zamawiający powiadomił w dniu 29 czerwca 2009 r. odwołującemu przysługiwał protest w ustawowym terminie (art. 180 ust. 2 Pzp), a następnie, stosownie do art. 184 ust. 1 a pkt. 3 Pzp – odwołanie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego wykluczenia odwołującego z postępowania.

Z powyższych względów Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 i 8 Pzp i postanowiła, jak sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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 **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....