

Sygn. akt: KIO/UZP 1173/09

POSTANOWIENIE
z dnia 24 września 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Andrzej Niwicki
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 24 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe WAMACO Sp. z o.o., 20-471 Lublin, ul. K. Olszewskiego 8** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej, 22-200 Włodawa, al. J. Piłsudskiego 64** protestu z dnia 27 lipca 2009 r.

przy udziale wykonawcy **KLIMA BUD Przedsiębiorstwo Specjalistyczne A. Szymoniuk, R. Albin, J. Miareczko, G. Wójcik, J. Wójcik Sp. j., 20-418 Lublin, ul. Nowy Świat 40a** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe WAMACO Sp. z o.o., 20-471 Lublin, ul. K. Olszewskiego 8

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 uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe WAMACO Sp. z o.o., 20-471 Lublin, ul. K. Olszewskiego 8,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 025 zł 70 gr (słownie: cztery tysiące dwadzieścia pięć złotych siedemdziesiąt groszy) przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe WAMACO Sp. z o.o., 20-471 Lublin, ul. K. Olszewskiego 8** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej, 22-200 Włodawa, al. J. Piłsudskiego 64** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu,
- 3) 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 **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego WAMACO Sp. z o.o., 20-471 Lublin, ul. K. Olszewskiego 8.**

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

I. Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej, 22-200 Włodawa, al. J. Piłsudskiego 64 (zwany dalej Zamawiającym) prowadzi postępowanie na wykonanie prac budowlanych polegających na wykonaniu instalacji klimatyzacji i wentylacji w bloku operacyjnym na parterze i pierwszym piętrze budynku Szpitala. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 270 614,63 euro.

W dniu 27.07.2009 r. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe WAMACO Sp. z o.o., 20-471 Lublin, ul. K. Olszewskiego 8 (dalej: Odwołujący) wniosło protest na zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty KLIMA BUD Sp. J., uznanej za najkorzystniejszą.

Odwołujący w proteście, a następnie w odwołaniu podnosił następujące zarzuty:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust.1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KLIMA BUD, która z racji tego, że jest sporządzona przez firmę zatrudniającą projektantów, którzy opracowali dla Zamawiającego projekt wykonawczo-budowlany inwestycji będącej przedmiotem zamówienia oraz kosztorys inwestorski, jest czynem nieuczciwej konkurencji, albowiem wykonawca ten posiada wiedzę unikalną z punktu widzenia możliwości sporządzenia oferty,

której poza Zamawiającym nie posiada żaden inny uczestnik obrotu prawnego, co narusza zasadę równego dostępu do zamówienia publicznego.

2) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych i ust. 7 ust.1 Prawa zamówień publicznych polegające na zaniechaniu wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy KLIMA BUD, w sytuacji gdy pracownicy tej firmy opracowywali projekt budowlano-wykonawczy instalacji wentylacji i klimatyzacji, którego wykonawstwo jest przedmiotem zamówienia publicznego,

3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych oraz art. 30 ust.5 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KLIMA BUD, jako sprzecznej z siwz, albowiem oferta ta w wielu pozycjach kosztorysowych dopuszcza rozwiązania równoważne oferując odpowiedniki urządzeń o takich samych parametrach technicznych, podczas gdy zgodnie z art. 30 ust. 5 Prawa zamówień publicznych zapropowowanie w ofercie odpowiedników (rozwiązań równoważnych) oznacza, że wykonawca Klima Bud powinien dostarczyć dokumenty (certyfikaty, specyfikacje, itp.) potwierdzające, że "spełniają one wymagania określone przez Zamawiającego".

4) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z pkt. V ust. 1 ppkt 2 siwz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KLIMA BUD, jako sprzecznej z siwz.

II. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 184 ust. 1a Prawa zamówień publicznych w postępowaniu o wartości mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty.

Odwołujący nie oprotestował czynności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty, a zaniechanie wykluczenia innego wykonawcy i odrzucenia jego oferty.

Prawo zamówień publicznych wyraźnie w dziale VI odróżnia czynności od zaniechań mogących być podstawą protestu – zgodnie z art. 180 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, protest można wnieść do Zamawiającego „wobec czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy”.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 8 Prawa zamówień publicznych, w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie

art. 11 ust. 8, odwołanie odrzuca się, jeżeli dotyczy innych czynności, niż wymienione w art. 184 ust. 1a Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z uzasadnieniem ustawy, prawo wniesienia odwołania poniżej tzw. progów unijnych przyznano wykonawcy tylko w tych przypadkach, kiedy czynność Zamawiającego bezpośrednio (czyli wobec jego wykluczenia czy odrzucenia jego oferty) godzi w jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia.

Wartość zamówienia w postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, oszacowano poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych, tj. rozporządzenia z dn. 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 dnia 27 grudnia 2007 r.) - dla robót budowlanych, które są przedmiotem zamówienia w postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, kwota ta wynosi 5 150 000 euro.

Wobec okoliczności, że odwołanie nie dotyczy żadnej z czynności wymienionych w art. 184 ust. 1a Prawa zamówień publicznych, a odnosi się do zaniechania wykluczenia wykonawcy konkurencyjnego i odrzucenia jego oferty oraz ze względu na fakt, że wartość zamówienia ustalona w postępowaniu jest niższa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych, Izba zobowiązana jest odrzucić odwołanie. Identyczny pogląd wyraziła Izba w wielu innych postanowieniach (przykładowo KIO/UZP 784/09, KIO/UZP 936/09).

W ocenie składu orzekającego nie ma racji Odwołujący wskazując, że przyznanie prawa do składania odwołań tylko niektórym podmiotom – biorącym udział w postępowaniach o wartości poniżej tzw. kwot unijnych z ograniczeniem tylko do niektórych czynności Zamawiającego - prowadziłoby do nieuzasadnionego zróżnicowania uczestników postępowania.

Należy pamiętać, że przed tzw. nowelą październikową (ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw - Dz.U. 2008r. Nr 171, poz.1058), uczestnicy postępowań poniżej kwot unijnych w ogóle nie mieli prawa do wnoszenia odwołań, a nowela październikowa wprowadziła dopiero taką możliwość (nie dotyczy to postępowań na roboty budowlane, w których również przed nowelizacją można było wnosić odwołania w postępowaniach poniżej kwot unijnych). Wobec powyższego trudno twierdzić, że wprowadzenie możliwości wnoszenia odwołań poniżej progów unijnych na tylko niektóre czynności Zamawiającego ma charakter dyskryminujący.

Nie ma również racji Odwołujący wskazując, że wywodzenie z obecnego brzmienia przepisów Prawa zamówień publicznych prawa wykonawcy do składania odwołań wyłącznie w przypadku, kiedy czynność Zamawiającego dotyczy odrzucenia jego oferty/wykluczenia go z postępowania (a nie zaniechania odrzucenia oferty konkurencyjnej, czy zaniechania

wykluczenia innego wykonawcy z postępowania) byłoby sprzeczne z intencjami ustawodawcy. Przeciwnie - jak wynika z treści uzasadnienia projektu ustawy, punkty 3 i 4 art. 184 ust. 1a Prawa zamówień publicznych, miały dotyczyć wyłącznie wykluczenia lub odrzucenia oferty wykonawcy odwołującego, a więc tylko w sytuacjach, kiedy czynność zamawiającego bezpośrednio godzi w jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia, czyli wobec jego własnego wykluczenia lub odrzucenia jego oferty („prawo do wnoszenia efektywnych środków ochrony prawnej dotyczących jego najistotniejszych interesów”).

Z uzasadnienia projektu ustawy: „Proponowane zmiany dotyczące systemu środków ochrony prawnej wpłyną pozytywnie na przebieg procedury udzielania zamówień publicznych. Przede wszystkim w przypadku zamówień na roboty budowlane zostanie wprowadzona ochrona prawna dla zamawiających do progu 5 150 000 euro polegająca na wyeliminowaniu prawa do wniesienia środków ochrony prawnej na czynności nie godzące bezpośrednio w interes wykonawcy, który z nich korzysta (np. dotyczące nieprawidłowości w ofercie innego wykonawcy). Wykonawcy będą mieli zagwarantowane efektywne środki ochrony we wszystkich postępowaniach poniżej progów na decyzje zamawiających, godzące w ich podstawowe interesy (obecnie wykonawcy nie mają prawa do wniesienia odwołania poniżej progów właściwych dla dostaw i usług), przy czym skarżone będą mogły być wyłącznie te czynności zamawiającego, które bezpośrednio dotyczą wykonawcy wnoszącego dany środek ochrony prawnej.” (druk nr 471, <http://orka.sejm.gov.pl/>).

Należy również zauważyć, że ustawodawca dostrzegł, iż z obecnego brzmienia przepisów ustawy uczestnicy postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wywodzą odmienne, od zamierzonych przez niego, wnioski (mimo konsekwentnej linii orzeczniczej w tym względzie, zdarzają się odwołania - w postępowaniach poniżej kwot unijnych - dotyczące zaniechania odrzucenia oferty konkurencyjnej/zaniechania wykluczenia wykonawcy konkurencyjnego z postępowania), zatem w planowanej kolejnej nowelizacji ustawy zamierza omawiany przepis doprecyzować.

Zgodnie z Rządowym projektem ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 2310, <http://orka.sejm.gov.pl/>), norma zawarta do tej pory w art. 184 ust. 1a Prawa zamówień publicznych ma znaleźć się w art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, który otrzyma następujące brzmienie:

„ 2. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.”

W uzasadnieniu tego projektu ustawy z kolei stwierdzono, iż: „W postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia o wartości poniżej tzw. „progów unijnych” odwołanie będzie przysługiwało – tak jak obecnie – wyłącznie wobec czterech czynności zamawiającego, tj. wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę, opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, rozumianego zgodnie ze znowelizowanymi przepisami jako określenie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w sposób związany i proporcjonalny do przedmiotu udzielanego zamówienia wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty.”.

Wobec powyższego, upada cała argumentacja Odwołującego, wskazująca na nieprawidłowość takiej interpretacji art. 184 ust. 1 a Prawa zamówień publicznych, jak zaprezentowano na wstępie części II niniejszego uzasadnienia i niezgodność jej z intencjami ustawodawcy. Na marginesie można zauważyć, że gdyby zaakceptować wywody Odwołującego o dopuszczalności odwołań poniżej progów unijnych zarówno na czynności, jak i zaniechania Zamawiającego, to zakres rzeczowy odwołań, składanych po wyborze oferty najkorzystniejszej, dopuszczalnych poniżej progów unijnych niewiele różniłby się od zakresu rzeczowego odwołań składanych powyżej progów unijnych.

Reasumując, na podstawie art. art. 187 ust. 4 pkt 8 Prawa zamówień publicznych postanowiono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła koszty zastępstwa Zamawiającego zgodnie z par.4 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886) na podstawie przedłożonych rachunków.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....