

Sygn. akt: KIO/2654/10

POSTANOWIENIE

z dnia 21 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 21 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2010 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Hydrobudowa Polska S.A., Wysogotowo, ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo, AK-Bud Kurant sp. j., ul. Ścinawska 24, 60-178 Poznań oraz Master S.A., ul. Mickiewicza 21, 70-383 Szczecin** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Euro Poznań 2012 Sp. z o.o., ul. Bułgarska 5/7, 60-320 Poznań**

przy udziale **Polcourt S.A., ul. Gdańska 27/31, 01-633 Warszawa** zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. **odrzucić odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciążyć wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Hydrobudowa Polska S.A., Wysogotowo, ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo, AK-Bud Kurant sp. j., ul. Ścinawska 24, 60-178 Poznań oraz Master S.A., ul. Mickiewicza 21, 70-383 Szczecin** i:

- 2.1 do kosztów postępowania odwoławczego zaliczyć wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Hydrobudowa Polska S.A., Wysogotowo, ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo, AK-Bud Kurant sp. j., ul. Ścinawska 24, 60-178 Poznań oraz Master S.A., ul. Mickiewicza 21, 70-383 Szczecin** oraz uzasadnione koszty **Euro Poznań 2012 Sp. z o.o., ul. Bułgarska 5/7, 60-320 Poznań** obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby w wysokości **232 zł 00 gr** (słownie dwieście trzydzieści dwa złote zero groszy),
- 2.2 zasądzić od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Hydrobudowa Polska S.A., Wysogotowo, ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo, AK-Bud Kurant sp. j., ul. Ścinawska 24, 60-178 Poznań oraz Master S.A., ul. Mickiewicza 21, 70-383 Szczecin** na rzecz **Euro Poznań 2012 Sp. z o.o., ul. Bułgarska 5/7, 60-320 Poznań** kwotę **3 832 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące osiemset trzydzieści dwa złote zero groszy) obejmującą uzasadnione koszty stanowiące wynagrodzenie pełnomocnika oraz koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby.
3. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Hydrobudowa Polska S.A., Wysogotowo, ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo, AK-Bud Kurant sp. j., ul. Ścinawska 24, 60-178 Poznań oraz Master S.A., ul. Mickiewicza 21, 70-383 Szczecin** kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Wykonanie boisk treningowych – rozbudowy Stadionu Miejskiego w Poznaniu przy ul. Bułgarskiej 5/7 dla potrzeb EURO 2012” zostało wszczęte przez Euro Poznań 2012 Sp. z o.o., zwaną dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2010/S 185-282303) w dniu 23 września 2010 r.

W dniu 29 listopada 2010 r. Zamawiający przekazał za pośrednictwem faksu wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 9 grudnia 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione w formie pisemnej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydrobudowa Polska S.A., AK-Bud Kurant sp. j. oraz Master S.A., zwanych dalej łącznie Odwołującym.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3, art. 30 ust. 5, art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez:

1. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę: Zielona Architektura Anna i Marek Wypychowscy Sp.j. w Warszawie, ewentualnie zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 PZP w zakresie oferowanego systemu nawierzchni, w szczególności wypełnienia trawy syntetycznej,
2. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę: Polcourt S.A. w Warszawie, ewentualnie zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 PZP w zakresie oferowanego systemu nawierzchni, w szczególności wypełnienia trawy syntetycznej.

W dniu 9 grudnia 2010 r. Zamawiający otrzymał kopię odwołania. W dniu 10 grudnia 2010 r. przekazał on jego kopię innym Wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wzywając jednocześnie tych Wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 13 listopada 2010 r. Wykonawca: Polcourt S.A. doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, w zakresie części zarzutów podniesionych w odwołaniu po stronie Zamawiającego, zaś w pozostałym zakresie po stronie Odwołującego. W tym samym dniu kopia zgłoszenia została przesłana tak Zamawiającemu, jak i Odwołującemu. W toku posiedzenia Izby z udziałem Stron, Wykonawca ten zmodyfikował własne oświadczenie woli zawarte w powołanym zgłoszeniu, wyjaśniając, iż zgłasza on przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż Wykonawca: Polcourt S.A. dokonał w sposób skuteczny zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, a tym samym uzyskał status uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba, w toku posiedzenia z udziałem Stron, oddaliła opozycję Odwołującego przeciw przystąpieniu Wykonawcy: Polcourt S.A., uznając, iż Odwołujący nie uprawdopodobnił, że Wykonawca ten nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Odwołujący podnosił, iż w przypadku oddalenia odwołania, Polcourt S.A. nie uzyska zamówienia, z uwagi na fakt, iż złożona przez niego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji. W ocenie Izby wystarczającym dla uznania, iż podmiot ten posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, jest potencjalna możliwość skorzystania przez Zamawiającego z przysługującego mu, na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, prawa do wyboru oferty Wykonawcy: Polcourt S.A., w przypadku, gdy Wykonawca, którego oferta została wybrana, będzie uchylał się od zawarcia umowy.

W dniu 13 grudnia 2010 r. (data prezentaty) Wykonawca: Zielona Architektura Anna i Marek Wypychowscy sp. j. doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej za pośrednictwem faksu oraz poczty elektronicznej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Powołane zgłoszenie w formie pisemnej zostało doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2010 r. (data prezentaty na piśmie), nadane w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 13 grudnia 2010 r. (data stempla pocztowego). Izba uznała, iż Wykonawca ten nie dochował terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Nie doręczył on bowiem w tym terminie Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej powołanego zgłoszenia w wymaganej

prawem formie – formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Za dochowanie jednej z dwóch, dopuszczonych art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, form, w jakich można wnieść zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, nie można uznać doręczenia takiego zgłoszenia za pośrednictwem faksu lub poczty elektronicznej. Istotnym w rozpatrywanym przypadku jest to, iż w ustalonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania, Wykonawca zobowiązany jest doręczyć Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w odpowiedniej formie. Tym samym nie może zostać uznane za zachowanie terminu nadanie powołanego zgłoszenia, sporządzonego w wymaganej przepisem prawa formie, w placówce pocztowej operatora publicznego. W stanie prawnym właściwym do rozpoznania niniejszej sprawy, brak jest przepisu prawa, zgodnie z którym złożenie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego doręczeniem Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż Wykonawca: Zielona Architektura Anna i Marek Wypychowscy sp. j. nie uzyskał statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

W dniu 20 grudnia 2010 r. Zamawiający doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzoną za zgodność z oryginałem dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, na podstawie analizy dokumentów zebranych w sprawie, a w szczególności w oparciu o treść pisemnego protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, iż szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 7 912 414,20 PLN, co przy uwzględnieniu średniego kursu złotego w stosunku do euro ustalonego Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz.U. Nr 224 poz. 1796), stanowi równowartość kwoty 2 061 061,27 Euro. Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w zachowaniu formy pisemnej. Ponadto zgodnie z art. 96 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający sporządza pisemny protokół. Zamawiający odpowiedni protokół postępowania o udzielenie zamówienia sporządził. Zawarł w nim powołaną informację o wartości zamówienia. Jednocześnie w toku posiedzenia Izby z udziałem Stron Zamawiający oświadczył, iż wartość inwestycji, której częścią jest zamówienie, którego dotyczy rozpatrywane przez Izbę odwołanie, to łącznie około 600 000 000 PLN, co znajduje odzwierciedlenie w treści Specyfikacji Istotnych Warunków

Zamówienia, jaki i w fakcie publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Uwzględniając powyższe, Izba oceniła, jako istotną dla rozstrzygnięcia treść pisemnego protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, wyżej oceniając jego wiarygodność. Przedłożyła tym samym treść pisemnego protokołu postępowania nad treść ustnego oświadczenia Zamawiającego złożonego w trakcie posiedzenia niejawnego Izby z udziałem Stron, które to oświadczenie nie zostało poparte żadnymi dowodami.

Powołana wartość (7 912 414,20 PLN) jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z § 1 pkt 2) lit. a) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz.U. Nr 224 poz. 1795) dla robót budowlanych, powołaną kwotę określono na poziomie 4 845 000 Euro.

Tym samym, w rozpatrywanym przypadku, zastosowanie znajdzie przepis art. 189 ust. 2 pkt 6) w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż odwołanie dotyczy czynności innych niż określone w przywołanym art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Zarzuty podnoszone przez Odwołującego zmierzają bowiem do zakwestionowania prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, przy zastrzeżeniu, iż Odwołujący nie został z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykluczony, zaś jego oferta nie została odrzucona. Odwołujący zmierza zatem do podważenia prawidłowości czynności badania i oceny ofert, które zostały sklasyfikowane wyżej niż oferta złożona przez niego.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba uznała, iż odwołalnie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6) ustawy Pzp, jako odwołanie, które dotyczy czynności innych niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Na dokonane przez Izbę ustalenia, wpływu nie może mieć fakt, iż ogłoszenie o udzieleniu zamówienia opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zgodnie bowiem z art. 12 ust. 5 ustawy Pzp, Zamawiający może przekazać Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie, którego publikacja ze względu na wartość zamówienia nie jest obowiązkowa. Dlatego też sam fakt ukazania się ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nie może być traktowany przez Wykonawców, jako wiążące wskazanie na przepisy mające zastosowanie do sprawy, która ich dotyczy.

W świetle obowiązujących przepisów, to wartość zamówienia, ustalona przez Zamawiającego i upubliczniona w protokole postępowania o udzielenie zamówienia, jest, tak dla Zamawiającego, jak i dla Wykonawców, podstawą dla ustalenia zakresu prawa do wnoszenia odwołań do czynności Zamawiającego. Wartość ta warunkuje również terminy, w jakich odwołanie to można wnieść. Tak art. 180 ust. 2, jak i art. 182 ust. 1 ustawy Pzp, wskazują na wartość zamówienia, jako na rozstrzygającą o zakresie prawa do wniesienia odwołania od poszczególnych czynności Zamawiającego, a także o terminach na wniesienie takiego odwołania. W przepisach tych ustawodawca nie poczynił żadnego zastrzeżenia, iż na ocenę powyższego wpływ może mieć opublikowanie przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu w innym publikatorze, niż jest to z zasady właściwe dla zamówień o danej wartości. Analogiczne wnioski należy wywieść w odniesieniu do zawarcia przez Zamawiającego w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia niewłaściwego pouczenia Wykonawców o przysługujących im prawach w zakresie wnoszenia środków ochrony prawnej.

Odwołujący, jako profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego – przedsiębiorca, powinien znać przepisy prawa rozstrzygające o przysługujących mu uprawnieniach, w tym również powyżej przywołane przepisy ustawy Pzp. Powinna być mu również znana kwota, na jaką Zamawiający ustalił wartość zamówienia, i jaką upublicznił w protokole postępowania o udzielenie zamówienia. Okoliczność, iż Odwołujący zapoznał się z treścią tegoż protokołu, wynika z analizy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego. W odpowiedzi na pismo tegoż Wykonawcy z dnia 30 listopada 2010 r., Zamawiający w dniu 2 grudnia 2010 r. udostępnił mu powołany protokół.

Dlatego też to w oparciu o powyższe ustalenia Izba uznała, iż odwoalnie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6) ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego Izba ustaliła, iż zgodnie z przepisem art. 182 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, a informacja o czynności zamawiającego stanowiąca podstawę jego wniesienia została przesłana w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, tj. faksem lub drogą elektroniczną, odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w terminie 5 dni od dnia przesłania powołanej informacji stanowiącej podstawę jego wniesienia.

W rozstrzyganej sprawie, Strony zgodnie potwierdziły, iż informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej, stanowiąca postawę wniesienia odwołania, została przekazana Wykonawcom faksem w dniu 29 listopada 2010 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, iż termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 4 grudnia 2010 r., tymczasem odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 9 grudnia 2010 r. (prezentata na piśmie).

Izba ustaliła, iż zgodnie ze stanem prawnym właściwym do rozpoznania niniejszej sprawy, dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w terminie przewidzianym w ustawie Pzp. Dlatego też, biorąc pod uwagę fakt, iż odwołanie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2010 r., tj. po upływie terminu na jego wniesienie określonego w powołanym art. 182 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, Izba uznała, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, jako odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Uwzględniając powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

W oparciu o § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz.U. Nr 48 poz. 280), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane, wynosi 10 000 zł. W powołanej sprawie wartość przedmiotu zamówienia została ustalona na kwotę 7 912 414,20 PLN, co stanowi równowartość 2 061 061,27 Euro, tym samym kwota ta jest mniejsza od kwoty

4 845 000 Euro określonej w powołanych przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, od osiągnięcia której uzależniony jest obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane. Tym samym Odwołujący wnosząc odwołanie zobowiązany był wnieść wpis w powołanej kwocie 10 000 zł, podczas gdy wniósł z tego tytułu kwotę 20 000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nakazała Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 10 000 zł nadpłaconej z tytułu wpisu.

Przewodniczący:

.....