

Sygn. akt KIO/UZP 503/10

POSTANOWIENIE
z dnia 14 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk

Marek Szafraniec

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **14 kwietnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **WOD-GAZ Zakład Robót Inżynieryjno – Transportowych Czesław Sztuk, 28 – 130 Stopnica, Suchowola 74a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Wiślica, 28 – 160 Wiślica, ul. Okopowa 8**, protestu z dnia **8 marca 2009 r.**

przy udziale **Konsorcjum: EKOKANWOD Czystczoń i Półtorak sp. j. (lider konsorcjum), Adam Półtorak** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **Zakład Budownictwa i Transportu AGROBUDOWA Adam Półtorak, Piotr Czystczoń** prowadzący działalności gospodarczą pod nazwą „**KANWOD**” z siedzibą dla lidera konsorcjum **28 – 136 Nowy Korczyn, ul. Farna 6** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża WOD-GAZ Zakład Robót Inżynieryjno – Transportowych Czesław Sztuk. 28 – 130 Stopnica, Suchowola 74a i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **WOD-GAZ Zakład Robót Inżynieryjno – Transportowych Czesław Sztuk. 28 – 130 Stopnica, Suchowola 74a**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 538 zł 00** (słownie: trzy tysiące pięćset trzydzieści osiem złotych zero) przez **WOD-GAZ Zakład Robót Inżynieryjno – Transportowych Czesław Sztuk. 28 – 130 Stopnica, Suchowola 74a** na rzecz **Gmina Wiślica, 28 – 160 Wiślica, ul. Okopowa 8** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **WOD-GAZ Zakład Robót Inżynieryjno – Transportowych Czesław Sztuk. 28 – 130 Stopnica, Suchowola 74a**

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

Zamawiający - Gmina Wiślica wszczął postępowanie o zamówienie publiczne prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na : „roboty budowlane przewidziane do wykonania w projekcie Ekorozwój Ponidzia - Aktywizacja gospodarcza gminy Wiślica poprzez budowę kanalizacji m. Konieczmosty, Kuchary, Ostrów, Wawrowice - Etap II", nr sprawy: Or-341-6/09, którego ogłoszenie o udzielenie zamówienia ukazało się w BZP nr 143637 - 2009.

W dniu 02.03.2010 r. Odwołujący - „WOD - GAZ" Zakład Robót Inżynieryjno - Transportowych Czesław Sztuk Suchowola 74a, 28-130 Stopnica powziął informację o czynnościach Zamawiającego polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz zaniechaniu polegającym na nie dokonaniu odrzucenia oferty konsorcjum firm: EKOKANWOD Czyszczon i Półtorak sp. j., ul. Farna 6, 28-136 Nowy Korczyn, Zakład Budownictwa i Transportu AGROBUDOWA Adam Półtorak, ul. Por. Halszki 9/61, 30-611 Kraków, Piotr Czyszczon „KANWOD", Ul. Stopnicka 16, 28-136 Nowy Korczyn przez Zamawiającego.

W dniu 08.03.2010r. Odwołujący wniósł protest na czynność Zamawiającego polegającą na wyborze najkorzystniejszej oferty powyższego konsorcjum firm.

W swoim proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 2, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 45 ust. 6 pkt 3, art. 92 oraz art. 180, 181 i 183 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie Odwołujący żądał:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności oceny ofert,
- 3) dokonania czynności przez Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty konsorcjum firm: EKOKANWOD Czyszczon i Półtorak sp. j., ul. Farna 6, 28-136 Nowy Korczyn, Zakład Budownictwa i Transportu AGROBUDOWA Adam Półtorak, ul. Por. Halszki 9/61, 30-611 Kraków, Piotr Czyszczon „KANWOD”, Ul. Stopnicka 16, 28-136 Nowy Korczyn,
- 4) wyboru najkorzystniejszej oferty - oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu do protestu Odwołujący podniósł, że Konsorcjum konkurencyjne złożyło ofertę na którą składały się dokumenty - sprawozdania finansowe za ostatnie trzy lata obrotowe tj. 2008, 2007, 2006 z których wynikało, że na osiągnięte obroty konsorcjum firm składały się również obroty osiągnięte przez Stację paliw w Słupi prowadzoną przez Piotra Czyszczonia, która nie wchodziła w skład konsorcjum. Obroty z prowadzenia takiej działalności według Odwołującego powinny nie wchodzić do obrotów za wymienione lata, ponieważ były one dochodem odrębnej firmy, która nie wchodziła w skład konsorcjum. Odwołujący zauważył, że dokumenty z prowadzonej działalności - Stacji paliw w Słupi były rozliczane osobno nie razem z firmą „KANWOD Piotr Czyszczon, ul. Stopnicka 16, 28-136 Nowy Korczyn.

Ponadto Odwołujący wskazywał, że przedmiotem wykonania były roboty budowlane i właśnie z tego zakresu działalności powinny zostać wykazane obroty firm.

W załączonej do oferty polisie ubezpieczeniowej firmy jaką Zamawiający żądał na spełnienie warunku, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności była forma płatności przelewem. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że Konsorcjum firm nie dołączyło do oferty dowodu polecenia przelewu.

Wyżej opisane czynności – zdaniem Odwołującego - rażąco naruszyły art. 92 oraz art. 180 i następane ustawy prawo zamówień publicznych.

W dniu 11.03.2010r. Zamawiający wezwał konsorcjum firm: EKOKANWOD Czyszczoń i Półtorak sp. j., ul. Farna 6, 28-136 Nowy Korczyn, Zakład Budownictwa i Transportu AGROBUDOWA Adam Półtorak, ul. Por. Halszki 9/61, 30-611 Kraków, Piotr Czyszczoń „KANWOD”, Ul. Stopnicka 16, 28-136 Nowy Korczyn do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Wskutek powyższego wezwania konkurencyjne konsorcjum w dniu 11.03.2010r. przystąpiło do protestu po stronie Zamawiającego.

Przedmiotowy protest nie został rozstrzygnięty przez Zamawiającego. Wobec braku rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w dniu 23.03.2010r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty i żądania jak w proteście.

W dniu 1.04.2010r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło powołane na wstępie konsorcjum.

Przystępujący podniósł, że Odwołujący stawiając zarzut nie wykazał związku przyczynowego między naruszeniem ustawy, przepisów wykonawczych i postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), które mogły by wskazywać na nie spełnienie wymaganego doświadczenia i postawionego warunku ekonomicznego przez przystępującego do odwołania. Biorąc pod uwagę powyższe zarzuty Przystępujący podkreślił, że zarzut z pkt. 1 był przedmiotem wniesionego odwołania i w wydanym wyroku KIO uznała, że warunek ekonomiczny przystępującego został spełniony.

Dalej Przystępujący wywodził, że na ostateczne rozstrzygnięcie protestu zgodnie z wydanym wyrokiem sygn. akt: KIO/UZP 1070/08 z dnia 20 października 2008 r. Wykonawcy przysługuje protest jak i odwołanie na czynności, które Zamawiający dokonał niezgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, w związku z czym protest i odwołanie w tej części powinien być uznany za nieskuteczny, gdyż czynność ta nie mogła być przedmiotem wniesionego protestu i odwołania. Ponadto podkreślił on, że podniesione zarzuty w pkt. 1 i 2 mogły być skutecznie oprotestowane w terminie 7 dni od daty powzięcia lub możliwości powzięcia wiadomości o wynikach oceny i badania ofert, którą Zamawiający przekazał wszystkim wykonawcom pismem z dnia 26.11.2009 r. lub w terminie 3 dni od daty powiadomienia przez zamawiającego o wniesionym proteście przez przystępującego z dnia 01.12.2009 r.

Nadto Przystępujący wskazał, że Zamawiający wykonując wyrok KIO nie wykonał, żadnych czynności, które spowodowały by zmianę zawartości oferty konsorcjum w związku z czym brak było podstaw do wniesienia protestu, gdyż z polisą OC i dokumentami potwierdzającymi spełnienie warunku ekonomicznego przystępującego, odwołujący mógł zapoznać się od momentu przekazania pierwszej informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (26.11.2009 r.).

Ponadto Przystępujący zauważył, że zamawiający stosownie do zapisów art. 181 ust. 3 ustawy wezwał uczestników postępowania, aby przyłączyli się do wniesionego protestu z dnia 01.12.2009 r. Zatem, skoro Odwołujący do postępowania protestacyjnego nie przystąpił więc w zgodzie z dyspozycją art.181 ust. 7 ustawy brak było możliwości wniesienia protestu przez wykonawcę, który nie przystąpił do postępowania protestacyjnego z powołaniem się na te same okoliczności (protest dotyczył nie uznania przez zamawiającego warunku ekonomicznego konsorcjum).

Według Przystępującego więc protest powinien podlegać odrzuceniu, gdyż został wniesiony po terminie i Odwołujący powołał się na okoliczności, które był przedmiotem ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. Twierdził on również, że przedstawione stanowisko podzielił w wydanym wyroku Sąd Okręgowy w Kielcach z dnia 27.11.2006r., sygn. akt II Ca 1219/06.

Przystępujący wyjaśnił, że Konsorcjant; Piotr Czyszczon „KANWOD” ul. Stopnicka 16, 28-136 Nowy Korczyn w ramach jednej prowadzonej działalności gospodarczej pod wskazaną nazwą świadczył usługi związane z robotami budowlanymi instalacyjnymi i prowadził sprzedaż paliw. Wykazany obrót konsorcjanta odnosił się do prowadzonej działalności, gdyż brak było podstaw prawnych, aby w ramach jednej prowadzonej działalności stosować odrębne rozliczenia. Powyższy fakt został ujawniony w złożonej ofercie .

W kwestii załączonej polisy OC Przystępujący odpierał zarzuty Odwołującego w ten sposób, iż twierdził, że dowody wpłaty nie zostały załączone, gdyż zamawiający takowych nie wymagał z uwagi na brak podstawy prawnej ich żądania. Przystępujący podnosił, iż dowody opłaconej polisy można żądać w postępowaniach wszczętych po 22.12.2009 r., a mając na uwadze dobro prowadzonego postępowania przekazał kopie opłat polisy OC zamawiającemu wraz z przystąpieniem do protestu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp, jak również rozporządzeń wydanych na podstawie przepisów tej ustawy (rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.) i rozporządzenie 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.)) w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, po dokonaniu sprawdzenia przesłanek z art. 187 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Zgodnie z art. 184 ust. 1 cyt. wyżej ustawy Pzp od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie, z zastrzeżeniem ust. 1a.

Ust.1a pkt 3 powyższego przepisu stanowi zaś, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego między innymi wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia.

Przedmiotowe odwołanie dotyczyło postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane i mieściło się w wartości nie przekraczającej wartości progu określonego w rozporządzeniu 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). Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia została określona na poziomie 9.062 311,47 zł, co stanowi 2 337 394,31 euro. Kwota ta, biorąc pod uwagę charakter zamówienia publicznego, tj. na roboty

budowlane, nie przekracza równowartości 5 150 000 euro dla zamawiającego, którym jest jednostka samorządu terytorialnego.

Natomiast stosownie do treści art. 187 ust. 4 pkt 8 powołanej ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a.

W rozpatrywanej sprawie czynnością zaskarżoną było zaniechanie wykluczenia konkurencyjnego konsorcjum.

Izba uznała również, iż Odwołujący uchybił terminom określonym w Prawie zamówień publicznych, bowiem już w dniu 26.11.2009 r. powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia środka ochrony prawnej co do zarzutów dotyczących polisy ubezpieczeniowej wybranego w postępowaniu wykonawcy.

Izba uznała ponadto, iż w rozpatrywanej sprawie wystąpiła przesłanka z art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp, bowiem odwołanie wniesione zostało przez wykonawcę wezwanego (Odwołującego) zgodnie z art. 181 ust. 3 cyt. ustawy i dotyczyło czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 2 lutego 2010r., sygn. akt KIO/UZP 1856/09. W wyroku tym KIO rozstrzygnęła kwestie dotyczące spornego sprawozdania finansowego Przystępującego.

W tym stanie rzeczy Izba postanowiła odwołanie odrzucić na zasadzie art. 187 ust.4 pkt 8 w związku z art. 184 ust. 1a pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, jak również biorąc pod uwagę art. 187 ust. 4 pkt 4 i pkt 6. .

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.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.538,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną kopią faktury VAT.

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 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 **Kielcach**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....