

POSTANOWIENIE
z dnia 8 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 8 września 2011 r. w Warszawie odwołania z dnia 29 sierpnia 2011r. wniesionego przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Asseco Poland SA w Rzeszowie i FUIO spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: *„Budowa sieci radiowej obejmującej teren Powiatów: Parczewskiego, Radzyńskiego, Bialskiego i Lubartowskiego”*, od czynności Zamawiającego, którym jest Powiat Parczewski w Parczewie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego MAXTO Marcin Staniewski Tomasz Wojewoda spółka jawna w Krakowie i Pawła Karcza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Laboratorium Badawcze ZENIT Paweł Karcz, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

- 1. odrzucić odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciążyć wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Asseco Poland SA w Rzeszowie i FUIO spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i:
 - 2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Asseco Poland SA w Rzeszowie i FUIO spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania;

2.2 nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych, na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Asseco Poland SA w Rzeszowie oraz FUE spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwoty 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącej nadpłacony wpis.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami), na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Budowa sieci radiowej obejmującej teren Powiatów: Parczewskiego, Radzyńskiego, Białskiego i Lubartowskiego*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 1 kwietnia 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2011/S-64-103564. Zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Odwołujący w dniu 19 sierpnia 2011 r. za pośrednictwem faksu otrzymał informację o wyniku postępowania, w tym o wykluczeniu z postępowania, zaś w dniu 29 sierpnia 2011r. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu z postępowania oraz odrzuceniu oferty i wyboru oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego MAXTO Marcin Staniewski Tomasz Wojewoda spółka jawna w Krakowie i Pawła Karcza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Laboratorium Badawcze ZENIT Paweł Karcz. Odwołujący uiścił wpis w łącznej wysokości 20.000 zł: w dniu 24 sierpnia 2011 r. – 15.000 zł oraz w dniu 29 sierpnia 2011 r. – 5.000 zł.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego MAXTO Marcin Staniewski Tomasz Wojewoda spółka jawna w Krakowie i Paweł Karcz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Laboratorium Badawcze ZENIT Paweł Karcz, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Zgodnie z treścią art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W myśl art. 182 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie wnosi się:

1) w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

2) w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 10 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Jak ustalono na podstawie akt sprawy – protokołu z postępowania oraz protokołu z ustalenia wartości zamówienia z 8 marca 2011 r., wartość zamówienia jest niższa od kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i wynosi 9.148.943,23 zł, co stanowi równowartość 2.383.157,91 euro.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane: tak zakwalifikował przedmiotowe postępowanie Zamawiający; jego zakres przedmiotowy wskazuje, że obejmuje ono roboty budowlane wraz z elementami dostawy. Zamawiający na posiedzeniu wyjaśnił, iż w jego ocenie przedmiot postępowania obejmuje roboty budowlane, jednak biorąc pod uwagę, że wartość tej części zamówienia, która dotyczy dostaw przekraczała próg oraz, że zamówienie jest finansowane ze środków unijnych zdecydowano się na ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (tak też w piśmie Zamawiającego z dnia 30 sierpnia 2011 r. nr AZ.VII272.1/2001.MD). Odwołujący także traktował postępowanie jako dotyczące robót budowlanych, uiszczając w terminie na wniesienie odwołania (24 i 29 sierpnia 2011 r.) wpis w łącznej wysokości 20.000 zł, to jest właściwy dla robót budowlanych.

Zgodnie z treścią art. 6 ust. 3 ustawy, jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie roboty budowlane oraz dostawy niezbędne do ich wykonania, do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące robót budowlanych.

Zgodnie z przepisami Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówienia oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 224, poz. 1795), kwota, od której przekroczenia uzależniony został obowiązek przekazania ogłoszenia o zamówieniu, którego przedmiotem są roboty budowlane do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wynosi 4.845.000 euro.

Stąd dla ustalenia terminu na wniesienie odwołania zastosowanie znajduje art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Termin ten wynosi pięć dni.

W świetle celu ustawy Prawo zamówień publicznych można negatywnie ocenić działanie Zamawiającego polegające na zamieszczeniu nieprawidłowych informacji dotyczących środków ochrony prawnej w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Także, z uwagi na to, że postępowanie dotyczy robót budowlanych o wartości nie przekraczającej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, ogłoszenie o zamówieniu winno być zostać zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych. Zgodnie z treścią art. 40 ust. 2 ustawy, w przetargu nieograniczonym, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Z uwagi jednak na profesjonalny charakter swojej działalności, Odwołujący winien dołożyć należytej staranności i zachować właściwy termin na wniesienie odwołania: *„Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności”* (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r. sygn. akt : ACa 1018/05 niepubl). Błędna informacja o terminie na wniesienie odwołania zawarta w treści ogłoszenia i specyfikacji nie zmienia oceny, że odwołanie powinno zostać wniesione we właściwym, wynikającym z przepisów terminie. Inaczej, niż jest to w przypadku decyzji administracyjnej (vide: art. 112 kodeksu postępowania administracyjnego), przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują konsekwencji zamieszczenia w treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia błędnego pouczenia, co do możliwości i trybu wniesienia odwołania.

Przepisy kodeksu postępowania administracyjnego i orzecznictwo Wojewódzkich Sądów Administracyjnych dotyczące procesowych następstw błędnego pouczenia o możliwości zaskarżenia nie znajdują zastosowania, gdyż brak jest do tego podstawy prawnej wynikającej z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawcy w celu zachowania swych praw w postępowaniu, powinni wnieść odwołanie w terminie ustawowym. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest częścią obrotu gospodarczego, zatem od uczestniczących w nim podmiotów wymaga się profesjonalizmu w działaniu polegającego m.in. na podejmowaniu skutecznych działań

zabezpieczających interes prawny w uzyskaniu zamówienia. Terminy do wnoszenia środków odwoławczych określone w ustawie Prawo zamówień publicznych mają charakter terminów zawitych, które nie podlegają przywróceniu w żadnym przypadku. Upływ terminu powoduje wygaśnięcie prawa.

Odwołujący miał wiedzę, że postępowanie dotyczy robót budowlanych. Taką wiedzę miał także na temat wartości zamówienia. Odwołujący, przed wniesieniem odwołania dwukrotnie zapoznawał się z dokumentacją postępowania prowadzoną przez Zamawiającego: bezpośrednio po otwarciu ofert – na jego wniosek z dnia 10 maja 2011 r. oraz w dniu 26 sierpnia 2011 r. , co obejmuje także protokół z postępowania oraz dokumenty dotyczące oszacowania wartości zamówienia (protokół z ustalenia wartości zamówienia).

Zatem zgodnie z dyspozycją art.182 ust. 2 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych w badanym postępowaniu służy pięciodniowy termin na wniesienie odwołania. Odwołanie zostało wniesione po upływie tego terminu.

W tym stanie rzeczy, Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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), uznając za koszty postępowania wpis właściwy dla postępowania, którego przedmiotem są roboty budowlane o wartości nie przekraczającej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (10.000 zł). Pozostała część uiszczonego wpisu, to jest dalsze 10.000 zł, podlega zwrotowi na rzecz Odwołującego z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych, postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym.

Przewodniczący: