

Sygn. akt KIO 1119/12

POSTANOWIENIE
z dnia 15 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, w dniu 15 czerwca 2012 r. w Warszawie, odwołania z dnia 31 maja 2012 roku – wpływ do KIO 1 czerwca 2012 roku, wniesionego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o., 87-100 Toruń, ul. Płaska 4-10, w postępowaniu prowadzonym przez EDF Polska CUW Sp. z o.o., 00-029 Warszawa, ul. Nowy Świat 19 działającą w imieniu Toruńskiej Energetyki CERGIA S.A. Toruń ul. Ceramiczna 6.

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe WATEX Sp. z o.o., 35-210 Rzeszów, ul. Baczyńskiego 1, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania

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

Przewodniczący:

Sygn. akt 1119/12

UZASADNIENIE

Toruńska Energetyka CERGIA S.A. reprezentowana przez Pełnomocnika - EDF Polska CUW Sp. z o.o., prowadzi przetarg nieograniczony na realizację zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych pn. „Modernizacja kanałowych sieci ciepłowniczych i central ciepłych w Toruniu”. Zakres 10 - Modernizacja systemu zasilania z Centrali Ciepłej CC-2 - OM Rubinkowo (sieci) i zmiana zasilania Centrali Ciepłej CC7”.

Pismem nr CK/ZP/BRM/120312/2012 z dnia 25 maja 2012 r. Zamawiający przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w którym odrzucił ofertę wykonawcy - Przedsiębiorstwa Specjalistycznego ENERGOTERM Sp. z o.o. Wykonawca ten wniósł od tej czynności Zamawiającego, odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W złożonym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. czynności wezwania do złożenia wyjaśnień i dokumentów oraz czynności badania i oceny ofert
2. czynności wykluczenia Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu

1.ponownego badania złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty, albo

2.unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 w/w Ustawy Pzp

Ponadto wskazał, że Zamawiający dokonał wyboru oferty z naruszeniem: 7 ust. 1 i 3, art. 25 ust. 1 pkt. 2 oraz ust. 2, art. 26 ust. 3 i 4, art. 29 ust. 1 i 3, art. 30 i art. 89 ust. 1 pkt. 2) Ustawy Pzp.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów wskazał, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w trybie art. 29 ust 3 ustawy Pzp, poprzez podanie w SIWZ iż zaoferowane w ofercie materiały budowlane mają odpowiadać parametrom wskazanego w projekcie producenta Logostor.

Podniósł, że Zamawiający w piśmie o odrzuceniu oferty stwierdził, że oferta Odwołującego jest niezgodna z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - art. 89 ust. 1, pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych, cyt. *Oferta nie spełniła warunków postawionych w SIWZ, dokumentacja projektowa zamienna nie została uzgodniona z autorem projektu budowlanego, będącego załącznikiem do SIWZ.*

Wobec takiej argumentacji dokonanego odrzucenia oferty, Odwołujący podniósł również zarzut, że Zamawiający nie zawarł uzasadnienia odrzucenia oferty, gdyż nie może być za

takowe uznana informacja o braku uzgodnienia dokumentacji projektowej zamiennej z autorem projektu budowlanego.

Stwierdził, że Zamawiający niezgodnie z przepisami ustawy Pzp przeniósł obowiązek oceny ofert (w zakresie określenia równoważności rozwiązań) na autora dokumentacji projektowej, gdyż jest to niezgodne z art. 15 ustawy Pzp, zgodnie z którym „postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza Zamawiający”. Tym samym wyłącznie do Zamawiającego należy uprawnienie i obowiązek oceny czy złożona oferta jest zgodna z treścią SIWZ (a więc i również z dokumentacją projektową).

Izba na posiedzeniu z udziałem stron, stwierdziła w oparciu o dokumentację postępowania oraz stanowiska i oświadczenia stron, iż przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego są roboty budowlane których wartość oszacowano na kwotę 1 450 000, 00 złotych, tj. poniżej progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto Izba ustaliła iż niesporny pomiędzy stronami jest fakt, że Zamawiający jest zamawiającym sektorowym do zamówień którego stosuje się przepisy rozdziału 5 ustawy Pzp dotyczących zamówień sektorowych.

Zdaniem Izby wskazać należy również, że w obowiązującej od 1 stycznia 2009 r. zmianie dyrektywy sektorowej, która została dokonana na mocy decyzji Komisji nr 2008/963/WE z 9 grudnia 2008 r. w załącznikach I i II do tej dyrektywy wprost wskazano, iż zamawiającymi w Polsce w sektorach transportu i dystrybucji gazu lub energii cieplnej oraz w sektorach produkcji, transportu i dystrybucji energii elektrycznej są wszystkie przedsiębiorstwa energetyczne w rozumieniu ustawy – Prawo energetyczne.

Pełnomocnik Zamawiającego na potwierdzenie tego faktu wskazał, że Zamawiający Cergia SA, wchodzi w skład grupy kapitałowej EDF i nie jest jednostką o której mowa w przepisie art.3 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. Dodał, że do przedmiotu działalności Zamawiającego należy produkcja ciepła i energii elektrycznej na potrzeby ludności oraz firm działających na danym terenie. Cergia SA działa w oparciu o udzieloną jej koncesję przez Prezesa URE.

Równocześnie wyjaśnił, że w niniejszym postępowaniu stosowano dla wyboru wykonawcy dla realizacji przedmiotowego zamówienia przepisy ustawy Pzp, gdyż Zamawiający wymagał, aby postępowanie było prowadzone w trybie zasad ustawy Pzp.

Odwołujący odnosząc się do stanowiska Zamawiającego stwierdził, że nie może ponosić konsekwencji błędnego działania Zamawiającego polegającego na wszczęciu postępowania w ramach Pzp jak i błędnego pouczenie o środkach ochrony prawnej wynikających z ustawy Pzp. Dlatego też uważa, że jeżeli postępowanie było wszczęte i prowadzone w trybie przepisów ustawy Pzp to winno być w tym trybie prowadzone do jego ukończenia, wraz z możliwością złożenia odwołania przez wykonawców do Krajowej Izby Odwoławczej.

Ponadto stwierdził, że jego zdaniem niniejsze zamówienie jest fragmentem większego zamówienia realizowanego przez Zamawiającego w ramach projektu unijnego 9.2 na

sfinansowanie robót związanych z modernizacją kanałowych sieci ciepłowniczych i central ciepłych w Toruniu. Jednakże obecnie nie jest w stanie wykazać prawdziwości prezentowanej tezy swojego stanowiska.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdza, że w sytuacji kiedy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, to do wykonawców sektorowych przepisy ustawy Pzp nie mają zastosowania. Bez znaczenia dla uprawnień wykonawców co do możliwości składania środków odwoławczych jest fakt, że Zamawiający dobrowolnie do prowadzonego postępowania stosuje określony tryb i zasady obowiązujące w ustawie Pzp.

Dlatego też, aby Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu o wartości poniżej progów unijnych nie mógł skorzystać ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie do KIO.

Błędne pouczenie wykonawców w tym zakresie nie rodzi po ich stronie uprawnień do wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych dla postępowań w których stosowanie przepisów ustawy Pzp jest obligatoryjne.

Powyższe skutkuje koniecznością odrzucenia odwołania zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 133 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z przepisami § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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), obciążając Odwołującego tymi kosztami w postaci uiszczonego przez niego wpisu.

Przewodniczący