

Sygn. akt KIO/UZP 14/09

POSTANOWIENIE
z dnia 20 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Jolanta Markowska
Grzegorz Mazurek

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **20 stycznia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: JMT Firma Handlowo Produkcyjno Usługowo Projektowa Marian Skiba ul. Bema 9, 33-100 Tarnów (lider Konsorcjum), Elektrotim S.A, ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław, adres lidera Konsorcjum: ul. Bema 9, 33-100 Tarnów, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Tarnowski Zarząd Dróg Miejskich, ul. Bernardyńska 24, 33-100 Tarnów** protestu z dnia **15.12.2008 r.**

przy udziale **Konsorcjum: „WIMED” Oznakowanie Dróg Sp. z o.o. ul. Tarnowska 48, 33-170 Tuchów (lider Konsorcjum), partnerzy: Zakład Zabezpieczenia Ruchu Drogowego Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Grzegorz Gogola Przedsiębiorstwo Drogowe EFEKTAR G. Gogola; B. Łątka, Bogusław Łątka Przedsiębiorstwo Drogowe EFEKTAR G. Gogola; B. Łątka - Spółka cywilna z siedzibą w Tarnowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: JMT Firma Handlowo Produkcyjno Usługowo Projektowa Marian Skiba, ul. Bema 9, 33-100 Tarnów (lider Konsorcjum), Elektrotim S.A, ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław, adres lidera Konsorcjum: ul. Bema 9, 33-100 Tarnów** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: JMT Firma Handlowo Produkcyjno Usługowo Projektowa Marian Skiba, ul. Bema 9, 33-100 Tarnów, (lider Konsorcjum), Elektrotim S.A, ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław, adres lidera Konsorcjum: ul. Bema 9, 33-100 Tarnów,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx (słownie:xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: JMT Firma Handlowo Produkcyjno Usługowo Projektowa Marian Skiba, ul. Bema 9, 33-100 Tarnów (lider Konsorcjum), Elektrotim S.A, ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław, adres lidera Konsorcjum: ul. Bema 9, 33-100 Tarnów.**

UZASADNIENIE

Odwołujący - Konsorcjum firm: JMT Firma Handlowo Produkcyjno Usługowo Projektowa Marian Skiba z siedzibą w Tarnowie i Elektrotim S.A. z siedzibą we Wrocławiu, wniósł w dniu 2.01.2009 r. (pismo z dnia 31.12.2008 r.) odwołanie od oddalenia protestu wniesionego w dniu 15.12.2008 r., poprzez brak jego rozstrzygnięcia w terminie przez Zamawiającego – Tarnowski Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Tarnowie. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp:

art. 7 ust. 1 i 3, art. 82 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 i art. 90 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 i 2, poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez „WIMED” Oznakowanie Dróg Sp. z o.o. z partnerami i „WIMED” Zakład Produkcji Znaków Drogowych Zdzisław Dąbczyński, które to oferty w ocenie Odwołującego, złożył jeden podmiot.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że na skutek wadliwie ustalonej przez Zamawiającego metodologii wyliczenia punktów za poszczególne części, zaistniała sprzeczna ze zdrowym rozsądkiem oraz przepisami ustawy sytuacja, polegająca na tym, iż oferta protestującego posiadająca najniższą cenę za wartość obejmującą ryczałt i wartość oznakowania objętego rozliczeniem na podstawie ceny jednostkowej przy przyjętym przez Zamawiającego sposobie wyboru ofert - najniższa cena, nie została wybrana jako oferta najkorzystniejsza, lecz uzyskała trzecią w kolejności punktację pod względem ceny za realizację przedmiotu zamówienia.

Ponadto Odwołujący podniósł, że wskazane oferty, w tym oferta wybrana, zawierają rażąco niską cenę za ryczałt związany z bieżącym utrzymaniem oznakowania pionowego i urządzeń brd.

Złożenie wybranej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienie dokonanego wyboru ofert,
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia ofert wykonawców: „WIMED” Oznakowanie Dróg Sp. z o.o. i partnerzy, „WIMED” Zakład Produkcji Znaków Drogowych Zdzisław Dąbczyński oraz Czmuda S.A. i partnerzy, zawierających rażąco niskie ceny, a których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na ewidentne zaniżanie wartości ryczałtu celem wyeliminowania z rynku czy też dostępu do zamówienia protestującego uczciwie kalkulującego wynagrodzenie za ryczałt oraz ceny za pozostałą część zamówienia,

4) wyboru oferty Odwołującego z uwagi, iż jest ona ofertą najtańszą co powoduje, że przy obowiązującym kryterium "najniższa cena" jest ofertą najkorzystniejszą, poza tym jedyną niepodlegającą odrzuceniu w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie, złożył pismo z dnia 16.01.2009 r. pt. Pismo przygotowawcze Zamawiającego, w którym ustosunkował się do treści odwołania. Wniósł o odrzucenie odwołania na posiedzeniu niejawnym z uwagi na fakt, iż odwołanie wniesione zostało z uchybieniem terminów określonych w ustawie, Odwołujący nie przekazał kopii odwołania Zamawiającemu zgodnie z art. 184 ust. 2 Pzp, i w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1 a Pzp. W przypadku uznania braku podstaw do odrzucenia odwołania, wniósł o jego oddalenie i przyznanie mu kosztów postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca: „WIMED” Oznakowanie Dróg Sp. z o.o. z siedzibą w Tuchowie (lider Konsorcjum), partnerzy: Zakład Zabezpieczenia Ruchu Drogowego Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Grzegorz Gogola Przedsiębiorstwo Drogowe EFEKTAR G. Gogola; B. Łątka, Bogusław Łątka Przedsiębiorstwo Drogowe EFEKTAR G. Gogola; B. Łątka - Spółka cywilna z siedzibą w Tarnowie, który w swoim piśmie podniósł brak pełnomocnictwa po stronie Odwołującego do wniesienia protestu, a przez to również brak podstaw do wniesienia odwołania, więc odwołanie zostało wniesienie przez podmiot nieuprawniony. Na tej podstawie Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania, gdyż w jego o cenie, Marian S. nie był upoważniony do wniesienia protestu.

Przedstawił zdanie przeciwne w przedmiocie złożenia dwóch ofert przez ten sam podmiot, na co wskazywał Odwołujący, a jednocześnie stwierdził, że Zamawiający nie popełnił błędu opisując kryteria oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania odwoławczego oraz Przystępującego do postępowania, na podstawie dokumentów zawartych w aktach sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego, w tym SIWZ, protokołu postępowania, ofert – Odwołującego i oferty wybranej, ustaliła i zważyła, co następuje.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 291613 – 2008 z dnia 30.10.2008 r.

W ogłoszeniu wskazano, iż ogłoszenie dotyczy zamówienia na roboty budowlane, ponadto w pkt 7 sekcji III ogłoszenia i w SIWZ - pkt 6.2.3 wskazano, że Zamawiający żąda celem potwierdzenia doświadczenia wykonawców, złożenia wraz z ofertą wykazu jednej roboty wykonanej w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. W jednym i drugim dokumencie istotnym dla prowadzonego postępowania jest fakt, że Zamawiający określił jednoznacznie, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane.

Wartość zamówienia ustalona została na kwotę 1 226 529,59 zł, co stanowi równowartość 316 352,32 euro (protokół postępowania (...) DRUK ZP - 2, pismo Zamawiającego z dnia 7.01.2009 r. TZDM.DT.38/9978/129/09, kwota ta potwierdzona została również podczas posiedzenia przez pełnomocnika, a więc jest to postępowanie o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, które dla robót budowlanych wynoszą 5 150 000 euro i większej niż kwoty określone dla usług, które wynoszą, w przypadku Zamawiającego, 206 000 euro - § 1pkt 2 lit. a) i b) rozporządzenia 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).

W takiej sytuacji, jeżeli postępowanie dotyczy rodzaju zamówienia, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w w/w przepisach, zgodnie z art. 184 ust. 1a Pzp, 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, jak również pozostali wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, nie wniósł protestu wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, nie wniósł również protestu dotyczącego postanowień SIWZ. Jak wyjaśnił Zamawiający kwestia ta nie była przedmiotem jakiegokolwiek podważania, aż do czasu wniesienia protestu przez Odwołującego w dniu 15.12.2008 r., w wyniku którego rozpoznawane jest przedmiotowe odwołanie.

W postępowaniu złożono cztery oferty, Zamawiający ocenił merytorycznie wszystkie oferty, w tym ofertę Odwołującego, przyznając łącznie 57,85 pkt za kwotę 1 129 569, 50 zł. Oferta uzyskała trzecią lokatę w kolejności pod względem punktacji. Odwołujący nie został wykluczony z postępowania, jego oferta nie została odrzucona i zarówno protest, jak i odwołanie nie dotyczy tych kwestii.

Odwołanie dotyczy zaniechania odrzucenia ofert, które uzyskały wyższą punktację niż oferta Odwołującego i dokonania wyboru oferty Odwołującego. Odwołanie nie dotyczy żadnej czynności Zamawiającego wymienionej we wskazanym art. 184 ust. 1a Pzp.

Odrzucenie oferty, o którym mowa w art.184 ust. 1a pkt 4 Pzp, dotyczy oferty wykonawcy, który wnosi odwołanie, a nie innego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu, a więc, np. wykonawcy, którego oferta wybrana została jako najkorzystniejsza. Przedstawiona interpretacja wynika z treści przepisu, a także potwierdza ją stanowisko zawarte w uzasadnieniu nowelizacji ustawy Pzp, dokonanej ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 171, poz.1058). Na str. 14 - 15 uzasadnienia zawarto treść:

„Jednocześnie jednak Komisja Europejska, uwzględniając orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zwraca uwagę na konieczność zapewnienia środków ochrony prawnej dla najistotniejszych decyzji mogących naruszać interes wykonawców, takich jak wykluczenie z postępowania czy też odrzucenie oferty. Takie stanowisko znalazło wyraz w *Komunikacie wyjaśniającym KE dotyczącym prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych* z dnia 1 sierpnia 2006 r.

Niezbędne jest zatem wprowadzenie systemu gwarantującego ochronę podstawowych interesów wykonawcy, który nie będzie ograniczał się jedynie do postępowań, których wartość przekracza progi wynikające z przepisów dyrektyw. Mając to na względzie, proponuje się ujednoczenie zasad wnoszenia środków ochrony prawnej dla zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne. W postępowaniach tych wykonawca powinien mieć zagwarantowane prawo do wnoszenia efektywnych środków ochrony prawnej dotyczących jego najistotniejszych interesów, a mianowicie:

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

Proponowane zmiany dotyczące systemu środków ochrony prawnej wpłyną pozytywnie na przebieg procedury udzielania zamówień publicznych. Przede wszystkim w przypadku zamówień na roboty budowlane wprowadzona zostanie 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. Należy jednocześnie podkreślić, że rozwiązanie polegające na przyznaniu wykonawcom prawa do wnoszenia środków ochrony prawnej wyłącznie na ustawowo określone czynności będzie miało zastosowanie tylko w odniesieniu do odwołań i skarg. Prawo do wnoszenia protestów, tak jak ma to miejsce obecnie, będzie przysługiwało wykonawcom na wszystkie czynności zamawiającego. Proponowane zmiany doprowadzą do pełnej zgodności ustawy z prawodawstwem unijnym” (www.uzp.gov.pl/prawo krajowe).

Wniesienie odwołania, z którego wynika, że treścią jego są przesłanki wskazane w art. 184 ust. 1a pkt 4 Pzp, w myśl powyższego, dotyczy wyłącznie czynności odrzucenia oferty wykonawcy wnoszącego odwołanie, a nie odrzucenia, bądź zaniechania odrzucenia oferty, innego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu, w tym zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą.

W ocenie KIO, istotę sporu w tym przypadku, przesądzającą o odrzuceniu odwołania, bądź skierowaniu odwołania do rozpoznania na rozprawie, stanowi ustalenie, czy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, zgodnie z określeniem dokonany przez Zamawiającego we wskazanych wyżej dokumentach dotyczących prowadzonego postępowania, czy jest typową usługą, jak wskazał Odwołujący w proteście i odwołaniu.

Mając na uwadze, że Odwołujący nie wniósł protestu, zarówno wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a także na postanowienia SIWZ, w terminach określonych w art. 180 ust.1 – 3 Pzp, a dopiero zarzut ten podniósł w proteście wniesionym w dniu 15.12.2008 r., skład orzekający Izby stwierdził, że protest i odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów na dokonanie czynności w powyższym zakresie i zarzuty te nie mogą stanowić przedmiotu rozpoznania odwołania na rozprawie.

Czynność Zamawiającego ustalająca, iż przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są roboty budowlane, a nie usługa, stały się ostateczne.

Zatem, jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (dotyczy robót budowlanych), co ma miejsce w rozpoznawanej sprawie, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a Pzp, Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 8 Pzp.

Wskazany przepis nakłada na Izbę obowiązek odrzucenia odwołania, a więc obligatoryjnego wydania rozstrzygnięcia o określonej treści, bez możliwości rozstrzygnięcia uzależnionego

od woli składu orzekającego, nawet jeżeli odwołanie byłoby uzasadnione z przyczyn merytorycznych.

Biorąc powyższe pod uwagę, KIO na podstawie wskazanego art. 187 ust. 4 pkt 8 w zw. z art. 184 ust. 1a pkt 4 Pzp, orzekła jak w sentencji postanowienia, tj. odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 Tarnowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....