

Sygn. akt KIO/UZP 288/09

POSTANOWIENIE
z dnia 20 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Ryszard Tetzlaff
Członkowie:	Małgorzata Stręciwilk Klaudia Szczytowska-Maziarz
Protokolant:	Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 20 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Movares Polska Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Projektowania, Realizacji i Wdrożeń BKP Katowice Sp. z o. o., ul. Świętojerska 5/7, 00 – 236 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna, ul. Szczęśliwicka 62, 00 – 973 Warszawa** protestu z dnia 26.02.2009 r.

przy udziale

Ove Arup & Partners International Limited, 13 Fitzroy Street, W1T 4 BQ London, Wielka Brytania, reprezentowana przez Ove Arup & Partners International Limited, Oddział w Polsce Sp. z o.o., ul. Królewska 16, 01-103 Warszawa oraz

Konsorcjum Spółek: Sener Sp. z o. o., Sener Ingenieria Y Sistemas S.A., Centralne Biuro Projektowo – Badawcze Budownictwa Kolejowego „Kolprojekt” Sp. z o. o., CE PROJECT GROUP Sp. z o. o. spółka komandytowa

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. odrzuca odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Movares Polska Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Projektowania, Realizacji i Wdrożeń BKP Katowice Sp. z o. o., ul. Świętojerska 5/7, 00 – 236 Warszawa** 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: Movares Polska Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Projektowania, Realizacji i Wdrożeń BKP Katowice Sp. z o. o., ul. Świętojerska 5/7, 00 – 236 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 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 **2 926 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Movares Polska Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Projektowania, Realizacji i Wdrożeń BKP Katowice Sp. z o. o., ul. Świętojerska 5/7, 00 – 236 Warszawa.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na Opracowanie Studium Wykonalności pn. „Wykonanie Dworca podziemnego Kraków Główny”, zostało wszczęte przez Polskie Koleje Państwowe S. A., ul. Szczęśliwicka 62, 00-973 Warszawa zwane dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 12484 - 2009 z dnia 30.01.2009 r.

W dniu 20.02.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty firmy: Ove Arup & Partners International Limited, 13 Fitzroy Street, W1T 4 BQ London, Wielka Brytania, reprezentowanej przez Ove Arup & Partners International Limited, Oddział w Polsce Sp. z o.o., ul. Królewska 16, 01-103 Warszawa zwanej dalej: „Ove Arup & Partners International Limited” albo „pierwszym Przystępującym”.

W dniu 26.02.2009 r. (faxem) na podstawie przepisu art. 179 ust. 1 oraz art.180 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp” Konsorcjum spółek: Movares Polska Sp. z o.o., ul. Świętojska 5/7, 00-236 Warszawa oraz Przedsiębiorstwo Projektowania Realizacji i Wdrożeń BPK Katowice Sp. z o.o., ul. Wolnego 12, 40-857 Katowice reprezentowane przez Movares Polska Sp. z o.o., ul. Świętojska 5/7, 00-236 Warszawa zwane dalej „Konsorcjum Movares” zwana dalej: „Protestującym” albo „Odwołującym” złożyła protest wobec:

a) zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest obowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania następujących Wykonawców: (i) Ove Arup & Partners International Limited oraz (ii) Konsorcjum Spółek: SENER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marszałkowskiej 76, 00-517 Warszawa, (Lider Konsorcjum), SENER INGENIERIA Y SISTEMAS, S. A. z siedzibą przy ulicy Avenida de Zugazarte 56, 48930 Las Arenas, Vizcaya, Hiszpania - Partner Konsorcjum, Centralne Biuro Projektowo - Badawcze Budownictwa Kolejowego „KOLPROJEKT” Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie przy ul. Boremlowskiej 40 A, 04-338 - Partner Konsorcjum, CE PROJECT GROUP Sp. z o.o., Spółka Komandytowa z siedzibą w Krakowie przy Al. Płk. Beliny Prażmowskiego 12, 31-514 - Partner Konsorcjum zwane dalej: „Konsorcjum SENER” albo „drugim Przystępującym”; z uwagi na fakt iż Wykonawcy niniejsi:

- nie wykazali iż dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp.
- złożyli w postępowaniu nieprawdziwe informacje mające wpływa na wynik prowadzonego postępowania poprzez złożenie zapewnienia iż dysponują na dzień składania oferty osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.
- nie złożyli w postępowaniu wymaganych oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków, a w szczególności nie złożyli dokumentów potwierdzających posiadanie przez personel wykonawców stosownych uprawnień projektowych (bez ograniczeń) oraz dokumentów potwierdzających wpis na listę właściwej izby samorządu zawodowego, wraz z zaświadczeniem wydanym przez tę izbę (art. 24 ust. 2 pkt 3). W wyniku wezwania przez Zamawiającego zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp - do złożenia dokumentów w ściśle określonym terminie, dokumenty te zostały złożone po wyznaczonym terminie, lub nie potwierdzały spełnienia przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu terminu składania ofert.

b) zaniechania przez Zamawiającego czynności, do której jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia ofert wykonawców o których umowa pod literą a) powyżej, którzy podlegali wykluczeniu z postępowania i którzy złożyli ofert

nieodpowiadające treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” opublikowanych przez Zamawiającego - art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

c) decyzji Zamawiającego zawartej w piśmie z dnia 20.02.2009 r. wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, poprzez wybór oferty firmy: Ove Arup & Partners International Limited - podmiotu podlegającego wykluczeniu z postępowania, którego oferta powinna podlegać odrzuceniu przez Zamawiającego na podstawie powołanych przepisów Pzp i wnosi o:

1. dokonanie przez Zamawiającego czynności zaniechanych wskazanych pod literą a) i b),
2. powtórzenia czynności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

W dniu 27.02.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 02.03.2009 r. (faxem) do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu przystąpiła w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego firma Ove Arup & Partners International Limited. Wskazał na uzasadniony interes prawny pierwszego Przystępującego, bowiem jego oferta Przystępującego uznana została za najkorzystniejszą w postępowaniu, a w wyniku oddalenia protestu uzyska on zamówienie. W związku ze zgłoszeniem przystąpienia do postępowania toczącego się wskutek wniesienia protestu żądał oddalenia protestu w całości.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

W dniu 02.03.2009 r. (faxem) do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu przystąpiło Konsorcjum SENER, po stronie Zamawiającego w zakresie zarzutów przeciwko Wykonawcy Konsorcjum SENER i w tym zakresie wnosił o oddalenie protestu w zakresie zarzutów przeciwko Konsorcjum SENER oraz utrzymanie w mocy dokonanej przez Zamawiającego czynności przyjęcia oferty złożonej przez Konsorcjum SENER jako kompletnej i prawidłowej. Wskazał na posiadanie przez Konsorcjum SENER interesu prawnego z uwagi na okoliczność, że jej zamiarem jest pozostanie w postępowaniu przetargowym i ewentualnej możliwości zapewnienia sobie pewności uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Jeżeli Zamawiający uwzględni bowiem protest w zakresie zarzutów stawianych Wykonawcy Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o.o i jednocześnie oddali protest w zakresie zarzutów stawianych Konsorcjum SENER, czyli drugiego Przystępującego, a Protestujący odstąpi od realizacji zlecenia, oferta Konsorcjum SENER zostanie wybrana jako najkorzystniejsza.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 04.03.2009 r. faxem, poprzez jego odrzucenie w całości, jako nie posiadający uzasadnienia prawnego ani faktycznego.

W dniu 09.03.2009 r. (wpływ bezpośredni) Odwołujący na odrzucenie protestu w całości wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu. Ponadto, zaskarżonemu rozstrzygnięciu protestu, zarzucił:

- 1) naruszenie art. 180 ust. 7 Pzp poprzez odrzucenie protestu mimo braku podstaw do wydania takiego rozstrzygnięcia,
- 2) naruszenie art. 179 ust. 1 Pzp przez przyjęcie, że Wykonawca nie uzasadnił interesu prawnego w części protestu dotyczącej oferty Konsorcjum SENER.

Wnosił także dodatkowo o zwrot kosztów postępowania, w tym zwrot kosztów wpisu oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika procesowego w kwocie 3.600 zł.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni).

W dniu 10.03.2009 r. Zamawiający przekazał przystępującym na etapie protestu (faxem) kopię odwołania i wezwał ich do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 19.03.2009 r. (wpływ bezpośredni) Konsorcjum SENER po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów przeciwko Konsorcjum SENER oraz utrzymanie w mocy dokonanej przez Zamawiającego czynności przyjęcia oferty złożonej przez Konsorcjum SENER jako kompletnej i prawidłowej.

Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 19.03.2009 r. (wpływ bezpośredni) Ove Arup & Partners International Limited po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów zaniechania wykluczenia Ove Arup & Partners International Limited z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty.

Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Izba stwierdziła, że zaistniała jedna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 Pzp, skutkująca odrzuceniem odwołania. W przedmiotowym postępowaniu będącym postępowaniem o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust. 8, złożone odwołanie, które dotyczy innego zakresu niż określone w art. 184 ust. 1 a Pzp. Z tego względu Izba ma obowiązek odrzucić odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 Pzp.

W niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia publicznego są usługi, których wartość, zgodnie z protokołem postępowania (DRUK ZP-2) oraz informacją Zamawiającego zawartą w piśmie z dnia 11.03.2009 r., została oszacowana na 500.000,- zł, co zgodnie ze średnim kursem złotego w stosunku do euro wynoszącym 3,8771 i obowiązującym na podstawie przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.12.2007 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 241, poz. 1762) stanowi 128.962,37 euro. Zatem wartość zamówienia nie przekracza kwot i wartości progowych wskazanych w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.12.2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 241, poz. 1762).

Zgodnie z przepisem art. 184 ust. 1a Pzp, w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego następujących czynności Zamawiającego: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia oferty.

Ustawodawca określił więc w sposób enumeratywny czynności, w stosunku do których przysługuje prawo do wniesienia odwołania. Należy zwrócić uwagę, że od rozstrzygnięcia każdego protestu, dopuszczalnego na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp, nie zawsze można wnieść odwołanie. Ograniczenie to dotyczy postępowania poniżej tzw. progów unijnych. Protest w tych postępowaniach można bowiem wnieść na czynności, do której podjęcia Zamawiający był zobowiązany na podstawie Pzp. Zaś w świetle przepisu art. 184 ust. 1a Pzp, odwołanie w postępowaniach poniżej progów unijnych przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu, który dotyczy ściśle określonych czynności wskazanych w przywołanym przepisie. Odwołanie będzie przysługiwać jedynie temu wykonawcy, wobec którego, w wyniku rozstrzygnięcia protestu, Zamawiający podtrzyma lub podejmie decyzję o wykluczeniu wykonawcy lub odrzuceniu jego oferty.

Treść art. 184 ust. 1a Pzp pozwala na stwierdzenie, że ustawodawca objął ochroną jedynie najważniejsze interesy wykonawcy wnoszącego odwołanie, związane z pozbawieniem go szans na uzyskanie zamówienia, tj. dotyczące jego wykluczenia z postępowania lub odrzucenia jego oferty, czyli mogące bezpośrednio naruszać interes Wykonawcy. Cel powołanego przepisu potwierdza również uzasadnienie do projektu zmiany Pzp, z którego wynika, że nowelizacja ma zapewnić ochronę prawną w zakresie zamówień publicznych także w postępowaniach o wartości niższych niż progi unijne, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom wykonawców biorących udział w takich postępowaniach.

Czynności odrzucenia oferty i wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu odnoszą się – w ocenie Izby – do odrzucenia oferty, bądź wykluczenia wykonawcy, który korzysta z prawa do złożenia odwołania. W tym przypadku bowiem należy wziąć pod uwagę wykładnię systemową przepisów art. 184 ust. 1 a Pzp i art. 187 ust. 4 pkt 8 Pzp. Wynikiem tej wykładni jest uznanie konieczności odrzucenia odwołania przez Izbę w zakresie czynności wykluczenia wykonawcy, bądź odrzucenia jego oferty, a nie zaniechania dokonania tej czynności. Zatem jeśli Odwołujący kwestionuje zaniechanie wykluczenia i odrzucenia oferty innego wykonawcy – jak w niniejszej sprawie – zaniechanie to nie podlega zaskarżeniu w trybie odwołania dla zamówień poniżej progów unijnych.

W tym stanie rzeczy, Izba odrzuca odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 w związku z art. 184 ust. 1a Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu 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 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....