

POSTANOWIENIE
z dnia 9 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Luiza Łamejko
Anna Majstrowicz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 09.06.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **FEROMA Sp. z o.o., 45-061 Opole, ul. Katowicka 39** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Poznań – Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Zakład Budżetowy, 60-770 Poznań, ul. Matejki 57** protestu z dnia 4 maja 2009 r.

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego xxx po stronie odwołującego się oraz xxx - po stronie zamawiającego*.

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **FEROMA Sp. z o.o., 45-061 Opole, ul. Katowicka 39** 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 uiszczanego przez **FEROMA Sp. z o.o., 45-061 Opole, ul. Katowicka 39;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **FEROMA Sp. z o.o., 45-061 Opole, ul. Katowicka 39** na rzecz **Miasta Poznań – Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Zakład Budżetowy, 60-770 Poznań, ul. Matejki 57** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (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 **FEROMA Sp. z o.o., 45-061 Opole, ul. Katowicka 39**.

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

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *zarządzanie zasobem komunalnym Miasta Poznania o łącznej powierzchni 1.444.135,95 m², zgodnie z jego przeznaczeniem, wykonywanie czynności zmierzających do utrzymania zasobu komunalnego w stanie niepogorszonym, na poziomie zapewniającym bezpieczeństwo ludzi i mienia*, ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 lipca 2008 roku, 2008/S 141-189513.

Zamawiający w piśmie z dnia 9 marca 2009 roku, doręczonym odwołującemu w dniu 12 marca 2009 roku, zaprosił wykonawcę do złożenia oferty, przekazując w załączeniu treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W wyniku zapytań do siwz, zamawiający w piśmie z dnia 23 kwietnia 2009 roku udzielił odpowiedzi. Wobec treści wyjaśnień zamawiającego, w dniu 4 maja 2009 roku odwołujący wniósł do zamawiającego protest, zarzucając udzielenie wyjaśnień w sposób sprzeczny z przepisami prawa, dokonanie zmiany treści siwz w sposób sprzeczny z przepisami praw, nieudzielenie wyjaśnień i niedokonanie zmiany treści siwz., które to czynności oraz zaniechania naruszają art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, art. 38 ust. 1, 4 i 4 b ustawy prawo zamówień publicznych. Zamawiający uwzględnił protest w części dotyczącej udzielenia wyjaśnień do treści odpowiedzi na pytania do siwz oraz żądanego zakresu modyfikacji treści siwz.

Zamawiający oddalił protest w części dotyczącej zarzutu nieprecyzyjnych odpowiedzi na pytania 18, 32, 33, 34, 40, 41, 48, 54, 68, 71, 80, 98, 129, 166 i 190, które łącznie z treścią siwz oraz odpowiedziami na wcześniejsze zapytania (pismo DE. 341-16-42 z dnia 23.04.2009) dają jednoznaczną odpowiedź co do intencji zamawiającego oraz treści siwz. W dniu 9 kwietnia 2009 r. odbyło się u zamawiającego zebranie wykonawców, na którym wykonawcy uzyskali wyczerpujące odpowiedzi na wszystkie zadawane pytania. Pomimo, iż przedstawiciel protestującego byli obecni na zebraniu i nie mieli żadnych dodatkowych pytań, w dniu 4 maja 2009r. wystąpili do zamawiającego z dodatkowymi pytaniami, które stały się częścią złożonego protestu, co w ocenie zamawiającego służyło wyłącznie przedłużeniu procedury.

Od rozstrzygnięcia protestu wykonawca wniósł 22 maja 2009 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzuty i twierdzenia dotyczące odpowiedzi na pytania 48, 71 i 190, w którym to zakresie protest został oddalony. W ocenie odwołującego niezbędne jest posiadanie przez zarządcę wzoru sprawozdania z wykonania zarządzania od samego początku realizacji nowej umowy, aby umożliwić sporządzanie sprawozdania na bieżąco wraz z postępowaniem świadczenia usługi. Nadal zamawiający nie odpowiedział, czy system umożliwia naliczanie odsetek za opóźnienia w płatnościach w podziale na czynsz, odsetki, świadczenia, stanowiących elementy składowe odsetek. Zamawiający nie podał również informacji w zakresie położenia, ilości m², stanu technicznego, granic chodników oraz informacji, czy chodniki są objęte umowami na utrzymanie czystości, które są niezbędne dla skalkulowania wartości wynagrodzenia.

W tak ustalonych okolicznościach faktycznych sprawy, skład orzekający Izby stwierdził wystąpienie przesłanki skutkującej odrzuceniem odwołania na posiedzeniu, o której mowa w art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą pzp. Zgodnie z przywołaną podstawą prawną, Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie.

Zarzuty podtrzymane w odwołaniu dotyczą faktycznie zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym załącznika nr 6 do siwz (wzór umowy) oraz załącznika nr 3 do siwz (wykaz czynności zarządzania). Pomimo, iż z treści protestu oraz odwołania wynika, że wykonawca kwestionuje, jakoby treść odpowiedzi na pytania nr 48, 71 i 190 stanowiła odpowiedź na zadane pytania, to jednak skład orzekający Izby uznał, iż zapytania do siwz wynikały z braku szczegółowych postanowień w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym odwołanie dotyczy treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak oświadczył odwołujący w toku posiedzenia, we wzorze umowy w § 21 ust.

1, zamawiający jedynie odwołał się do wzoru sprawozdania z wykonania zarządzania za cały okres trwania umowy, który zarządca będzie zobowiązany złożyć. Do siwz nie załączono stosownego wzoru, jak również nie określono terminu w jakim zamawiający przedłoży go zarządcy. W proteście oraz odwołaniu kwestii sprawozdania dotyczyła odpowiedź na pytanie nr 48, w której zamawiający oświadczył, że przekaże zarządcy odpowiedni wzór przed zakończeniem umowy. Jak wynika z treści zapytania wnoszono o udostępnienie przez zamawiającego wzoru sprawozdania określającego jego formę i zakres na etapie prowadzonego postępowania. Wniosek wskazywał zatem na konieczność wprowadzenia do siwz dodatkowego dokumentu, dotychczas nie załączonego. W proteście oraz odwołaniu wykonawca wskazywał na konieczność posiadania wzoru sprawozdania za wykonanie zarządzania za cały okres trwania umowy od samego początku realizacji nowej umowy, aby umożliwić gromadzenie odpowiednich danych. Za niewystarczające uznał przekazanie odpowiedniego wzoru przed zakończeniem umowy o zarządzanie, jak określił to zamawiający w odpowiedzi.

W odniesieniu do treści wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie 71 oraz 190, sam odwołujący w treści odwołania podniósł, iż zamawiający nie wyjaśnił czy udostępnione przez zamawiającego oprogramowanie, narzędzie informatyczne i elektroniczna baza danych, umożliwiają naliczanie odsetek za opóźnienia w płatnościach w podziale na czynsz, odsetki, świadczenia oraz nie odniósł się do żądania podania informacji w zakresie położenia, ilości m², stanu technicznego, granic chodników oraz informacji czy chodniki są objęte umowami na utrzymanie czystości. Faktycznie zatem, odwołujący wskazał na braki w specyfikacji w zakresie żądanych informacji. Również treść żądania zgłoszonego w odwołaniu o nakazanie zamawiającemu dokonanie zmiany treści siwz w sposób zgodny z przepisami prawa potwierdza stanowisko Izby.

Na tej podstawie skład orzekający uznał, iż zarzuty podtrzymane w odwołaniu odnosiły się do treści siwz, tj. braku niezbędnych w ocenie odwołującego informacji. Protest, a następnie odwołanie wniesione zostały po wejściu w życie ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), tj. po 23 października 2008 roku. Zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy zmieniającej, do protestów wnoszonych od dnia jej wejście w życie (tj. 24 października 2008 roku) oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się przepisy działu VI ustawy zmienianej w nowym brzmieniu. Na skutek nowelizacji przepisów ustawy pzp., uległy zmianie termin do wnoszenia środków ochrony prawnej w postępowaniach o wartości zamówienia równej lub wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Zgodnie z art. 180 ust. 4 ustawy pzp, w postępowaniu prowadzonym w trybie innym niż przetarg nieograniczony, protest dotyczący postanowień siwz wnosi się w terminie liczonym od dnia doręczenia specyfikacji. Przedmiotowe postępowanie opiewa na

wartość przekraczającą kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp, a zatem termin do wniesienia protestu wynosił 10 dni liczonych od dnia 12 marca 2009 roku i upłynął w dniu 23 marca 2009 roku (22 marca 2009 niedziela). Tym samym protest w zakresie zarzutów podtrzymanych w odwołaniu z dnia 4 maja 2009 roku wniesiony został z uchybieniem terminu, a odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy pzp. Stanowiska Izby nie zmienia okoliczność, iż w treści protestu oraz odwołania wykonawca powołuje się na czynność udzielenia wyjaśnień do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skoro specyfikacja zawierał braki, to w gestii wykonawcy pozostaje decyzja, czy takie braki uzasadniają wszczęcie procedury reklamacyjnej. Skoro wykonawca nie zdecydował się na wniesienie protestu na zapisy specyfikacji w terminie zawitym, to nie może na skutek dalszych czynności zamawiającego skutecznie przywrócić tego terminu. Samo zadawanie pytań nie przywraca terminu do oprotestowania postanowień specyfikacji, która nie zawiera niezbędnej, dla przygotowania oferty, treści.

Izba wskazuje, iż odwołujący był uczestnikiem postępowania toczącego się na skutek protestu wniesionego przez Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Miejskiej S.A, a tym samym miał świadomość co do możliwości oprotestowania postanowień siwz, czego jednak zaniechał decydując się na zadawanie pytań do siwz, której treść nie pozwalała na ustalenie wszystkich okoliczności mających znaczenie dla wykonawcy.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami zamawiającego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z przedłożonym rachunkiem), Izba obciążyła odwołującego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....