

Sygn. akt KIO/UZP 1130/09

WYROK
z dnia 19 sierpnia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SAFEGE S.A., 15-27 rue du Port, Parc de l'Le, 92000 Nanterre, Francja, w imieniu którego działa Safege S.A. Oddział w Polsce, ul. Solec 22, 00-410 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-608 Warszawa** protestu z dnia 20 lipca 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża SAFEGE S.A., 15-27 rue du Port, Parc de l'Le 92000 Nanterre, Francja, w imieniu którego działa Safege S.A. Oddział w Polsce, ul. Solec 22, 00-410 Warszawa

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 1 524 zł 67 gr (słownie: tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **SAFEGE S.A., 15-27 rue du Port,**

Parc de l'Le, 92000 Nanterre, Francja, w imieniu którego działa Safege S.A. Oddział w Polsce, ul. Solec 22, 00-410 Warszawa,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 1 200 zł 00 gr (słownie: tysiąc dwieście złotych zero groszy) przez **SAFEGE S.A., 15-27 rue du Port, Parc de l'Le 92000 Nanterre, Francja, w imieniu którego działa Safege S.A. Oddział w Polsce, ul. Solec 22, 00-410 Warszawa** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-608 Warszawa.**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 13 475 zł 33 gr (słownie: trzynaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści trzy grosze) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SAFEGE S.A., 15-27 rue du Port, Parc de l'Le, 92000 Nanterre, Francja, w imieniu którego działa Safege S.A. Oddział w Polsce, ul. Solec 22, 00-410 Warszawa.**

U z a s a d n i e

I. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-608 Warszawa (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) postępowanie na „Zarządzanie kontraktem w zakresie budowy obwodnicy Mszczonowa w ciągu drogi krajowej nr 50 od km 2 +920 do km9 +220, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót, Znak postępowania 46/2009”.

W dniu 17.06.2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej – za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa (pełnomocnik) oraz ECM Group Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 44 00-024 Warszawa (dalej: ZBM), druga w rankingu cenowym była oferta złożona przez SAFEGE S.A., 15-27 rue du Port, Parc de l'Le, 92000 Nanterre, Francja (w imieniu którego działa Safege S.A. Oddział w Polsce, ul. Solec 22, 00-410 Warszawa; dalej: Safege bądź Odwołujący), trzecia – oferta złożona przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EGIS Poland Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa (pełnomocnik) oraz EGIS

Route-Scetauroute S.A. Oddział w Polsce, działający w imieniu EGIS STRUCTURES ET ENVIRONNEMENT S.A. (dalej: Egis)

W dniu 25.06.2009 r. Safege złożył protest na wybór oferty najkorzystniejszej, i wniósł o wykluczenie ZBM z postępowania.

W dniu 7.07.2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest, uwzględniając zarzut Safege dotyczący podania nieprawdziwych informacji przez ZBM i powtórzył czynność badania i oceny ofert, wskutek czego w dn. 9.07.2009 r. zawiadomił o nowym wyniku postępowania: Zamawiający, konsekwentnie z rozstrzygnięciem protestu, wykluczył ZBM z postępowania, a za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez Safege.

Na czynność Zamawiającego z dn. 9.07.2009 r. – uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Safege – Egis w dniu 20.07.2009 r. wniósł protest, wskazując, że oferta Safege powinna być odrzucona, ponieważ zawiera rażąco niską cenę, a ponadto wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu zarówno co do potencjału kadrowego, jak i doświadczenia zawodowego.

Zamawiający w dniu 21.07.2009 r. zawiadomił Safege o wniesieniu protestu przez Egis i Safege w dn. 23.07.2009 r. przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

W dniu 24.07.2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest, uwzględniając jeden z podniesionych zarzutów – dotyczący doświadczenia zawodowego Safege: Zamawiający uznał, że dokument załączony do oferty Safege, mający potwierdzać należyte wykonanie robót, jest niewystarczający i zapowiedział, że dokona ponownej czynności oceny i badania ofert, z uwzględnieniem art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych.

W związku z takim rozstrzygnięciem protestu, Odwołujący w dniu 7.08.2009 r. (wpływ bezpośredni) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 180 ust 7 Prawa zamówień publicznych, przez to, że Zamawiający bezprawnie zaniechał odrzucenia protestu Egis,
- 2) art. 24 ust 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych przez błędne przyjęcie, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto Odwołujący wskazał, że powyższe naruszenia prowadzą też do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, określonej w art. 7 Prawa zamówień publicznych.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji ewentualnego uwzględnienia odwołania, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 180 ust 7 Prawa zamówień publicznych, Izba ustaliła, że rzeczywiście zgodnie z dominującym w orzecznictwie poglądem, protest wniesiony przez Egis w dniu 20.07.2009 r. powinien być odrzucony jako wniesiony po terminie, ponieważ termin ten biegł od pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej w dn. 17.06.2009 r., a nie od czynności wyboru oferty dokonanej w dn. 9.07.2009 r. Jednak należy również mieć na uwadze, że gdyby Egis – wówczas trzeci w rankingu ofert - wniósł protest na wynik postępowania z dn. 17.06.2009 r., podnosząc zarzuty wyłącznie wobec oferty Safege, wówczas drugiej w rankingu, to w razie nieuwzględnienia protestu jego odwołanie mogłoby zostać oddalone, jako że Izba mogłaby uznać, że zarzuty Egis co do Safege nie mają bezpośredniego wpływu na wynik postępowania. Wynik postępowania można rozumieć bowiem zarówno wąsko (jako miejsce pierwsze w rankingu ofert, tj. równoznaczne z wyborem oferty najkorzystniejszej), jak i szeroko (jako całość rankingu ofert, łącznie z ewentualnymi podstawami wykluczenia wykonawcy bądź odrzucenia jego oferty).

Niemniej jednak odniesienie się merytoryczne przez Zamawiającego do zarzutów podniesionych w proteście wniesionym z uchybieniem terminu nie jest co do zasady wadą; Zamawiający może w każdej chwili, do momentu podpisania umowy, powziąć wątpliwość co do prawidłowości czynności badania i oceny ofert i wątpliwość ta może wynikać z protestu wniesionego po terminie (czy z jakiegokolwiek innego pisma uczestnika postępowania). Wydaje się, że taka sytuacja miała właśnie miejsce w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego; w takim kontekście, w podnoszeniu zarzutu naruszenia art. 180 ust. 7 Prawa zamówień publicznych trudno dopatrywać się uszczerbku w interesie prawnym Odwołującego.

Na marginesie, Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 180 ust. 7 Prawa zamówień publicznych nie był poprzedzony protestem, jednak uznała za celowe odnieść się do niego merytorycznie, co uczyniono powyżej.

Odnosząc się do drugiego zarzutu – naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych – skład orzekający po analizie dokumentów załączonych do oferty Safege, protestu Egis i rozstrzygnięcia tego protestu przez Zamawiającego w dn. 24.07.2009 r. uznał, że zarzut ten nie potwierdził się.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych nakazuje wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Tymczasem Zamawiający rozstrzygając protest wcale nie uznał, że Safege podlega wykluczeniu na podstawie tego przepisu – przeciwnie, zapowiedział, iż „dokona ponownej czynności oceny i badania ofert, z uwzględnieniem art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych” (strona druga rozstrzygnięcia protestu). Oznacza to, że na etapie rozstrzygnięcia protestu, Zamawiający stwierdził, iż do oferty Safege nie dołączono dokumentów potwierdzających posiadanie doświadczenia zawodowego w wymaganym zakresie (tj. dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót, tzw. referencji) i uznał, że wobec tego zasadne jest wezwanie Odwołującego do ich uzupełnienia (wynika to wyraźnie z uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu). Należy zauważyć, że zapowiedź wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie powoduje żadnego uszczerbku w interesie prawnym wykonawcy – o ile, po pierwsze rzeczywiście za pomocą dokumentów załączonych do oferty nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu (co, w ocenie składu orzekającego, potwierdziło się – dokument ze strony 57 oferty Safege zatytułowany „Świadectwo przejęcia” nie może być uznany za dokument potwierdzający należyte wykonanie usług podobnych do przedmiotu zamówienia – sam Odwołujący na rozprawie przed Izłą nazwał go „autoreferencją”; ponadto dotyczy on wykonania „robót”, a nie usługi nadzoru) i po drugie – jeżeli dysponuje takimi dokumentami. Odwołujący w toku postępowania odwoławczego wykazał, że taki dokument posiada (oryginał tłumaczenia przysięgłego referencji wystawionej przez podmiot zamawiający został złożony na rozprawie przed Izłą, dla Zamawiającego Izba sporządziła kserokopię), lecz nie został on przekazany Zamawiającemu w formie przewidzianej przez przepisy Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 24 maja 2006 r.), zatem Zamawiający nadal ma prawo wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Reasumując, nie stwierdzono takiego naruszenia przepisów, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania i w związku z brzmieniem art. 191 ust. 1 a Prawa zamówień publicznych Krajowa Izba Odwoławcza nie mogła uwzględnić odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszt wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 1 200,00 zł (tysiąc dwieście złotych zero groszy), zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Ponieważ zgodnie z zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 7.08.2009 r. sprawy sygn. akt KIO/UZP 1004/09, KIO/UZP 1115/09 i KIO/UZP 1130/09 zostały połączone do łącznego rozpoznania, koszt poniesiony przez Urząd Zamówień Publicznych w łącznej wysokości 4 574 zł 00 gr rozdzielono stosunkowo do każdego z trzech postępowań odwoławczych; analogicznie postąpiono z kosztem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, który wnosząc o zasądzenie kosztów w trzech postępowaniach odwoławczych, złożył jedną fakturę opiewającą na kwotę 3 600 zł 00 gr.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie – Warszawa Praga**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....