

Sygn. akt KIO/UZP 1354/09

**Postanowienie
z dnia 21 października 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

**Członkowie: Marek Koleśnikow
Sylwester Kuchnio**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 19 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **4System Polska Sp. z o. o., ul. Botaniczna 70, 65-392 Zielona Góra** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego – **Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa** 5 protestu z dnia 21 sierpnia 2009 r.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża 4System Polska Sp. z o. o., ul. Botaniczna 70, 65-392 Zielona Góra i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 231 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego **4System Polska Sp. z o. o., ul. Botaniczna 70, 65-392 Zielona Góra;**

2) dokonać zwrotu kwoty **12 769 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **4System Polska Sp. z o. o., ul. Botaniczna 70, 65-392 Zielona Góra.**

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

Zamawiający - Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą "Akademia PARP 2009".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 października 2008 r. pod numerem 192 – 254016.

W dniu 30 lipca 2009 r. wykonawcy biorący udział w postępowaniu otrzymali w trybie art. 60 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm., dalej: Pzp) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz).

Wobec postanowień siwz odwołanie poprzedzone protestem wniósł 4System Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze. Odwołujący się wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1 i 29 ust. 1 Pzp. Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp (w odwołaniu również o zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia pełnej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki Instytutowi Edukacji Interaktywnej Estakada.pl Sp. z o. o. wraz z umową z 17 kwietnia 2009 r.

W uzasadnieniu odwołujący się wskazał, że odpowiedź udzielona przez zamawiającego w wyniku wniosku o wyjaśnienia treści siwz (pkt. 5.5.5 i 5.5.1 Zakres Zadań Wykonawcy) z dnia 12 sierpnia 2009 r. nie definiuje pojęcia „standard na rynku szkoleń”, nie zawiera wytycznych wedle których będzie standard określany, uniemożliwia zatem określenie konieczności dokonywania aktualizacji szkoleń. Zarzucił również, że zamawiający nie udzielił odpowiedzi na pytanie o treść pkt 5.5.1. siwz o wskazanie ilości osób, które będą kontynuować szkolenie, ani nie podał szacunkowej liczby uczestników. Brak tych informacji powoduje brak możliwości wskazania odpowiednich liczb tutorów i mentorów oraz rozbieżne szacunki kosztów przez wykonawców.

Odwołujący się podniósł, że opisane działania zamawiającego stawiają w uprzywilejowanej pozycji wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Instytut Edukacji Interaktywnej Estakada.pl Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione odpowiednio: protest w dniu 21 sierpnia 2009 r. (pismem z tej samej daty), odwołanie w dniu 7 września 2009 r. (pismo z tej samej daty) za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego. Zamawiający otrzymał kopię treści odwołania w dniu 7 września 2009 r. za pośrednictwem faksu.

Zamawiający pismem z dnia 28 sierpnia 2009 r. rozstrzygnął protest i poinformował wykonawców o swojej decyzji.

Zamawiający protest odrzucił w części jako wniesiony wobec treści siwz z uchybieniem terminu zawitego określonego w art. 180 ust. 4 pkt 2 Pzp. W pozostałym zakresie zamawiający oddalił protest powołując za wyrokiem Sądu Okręgowego w Krośnie (wyrok z dnia 25 kwietnia 2006 roku, sygn. akt I Ca 134/09) oraz orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, że wykonawca nie posiada interesu prawnego w zgłaszaniu żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności, gdy złożył ofertę w postępowaniu. Podkreślił, że odwołanie jest wnoszone po poznaniu cen ofert innych wykonawców.

Izba ustaliła, co następuje:

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia wynosi 19.278.688 zł t.j. 4.972.450, 54 euro i przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Pkt 5.5.1 Zakresu Zadań Wykonawcy zawarty w siwz przekazanej wykonawcom w dniu 30 lipca stanowił (Realizacja działań w ramach komponentu 2) stanowił natomiast, że wykonawca umożliwi osobom, które rozpoczęły udział w szkoleniach Akademii PARP po listopadzie 2006 r. ich kontynuację w ramach przedmiotowej usługi. Wszystkie dane dotyczące tych osób zostaną przekazane wykonawcy po podpisaniu umowy. Jednocześnie osoby te nie będą liczone do rezultatów, o których jest mowa w pkt. 4.2.

W Pkt.5.5.5. zamawiający postanowił, że celem aktualizacji marketingowej, związanej m.in. ze zmianą standardów na rynku szkoleń on-line, pojawieniem się nowych trendów w e-learningu, jest zwiększenie atrakcyjności oferowanych szkoleń.

Pismem z dnia 12 sierpnia zamawiający udzielając wyjaśnień dot pkt 5.5.5. wskazał na doświadczenie wykonawców warunkujące zarówno posiadanie wiedzy na temat aktualnych standardów na rynku szkoleń on-line, ich zmian oraz pojawienia się nowych trendów na rynku e-lerningu. Zamawiający zastrzegł jednocześnie podjęcie przez siebie ostatecznej decyzji, co do dokonania aktualizacji, w razie zaistnienia rozbieżności.

Natomiast odnosząc się do pkt 5.5.1 w Komponencie 2 wyjaśnił, że aktualnie nie ma możliwości określenia liczby osób, które będą kontynuować naukę.

Informacja o udzielenia zamówienia z wolnej ręki pn. „Akademia PARP” na rzecz Instytutu Edukacji Interaktywnej Estakada.pl Sp. z o. o. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 lipca 2009 r. pod numerem 192 – 254016.

Izba zważyła, co następuje:

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 3 października 2008 r. jednak zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się przepisy działu VI ustawy Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą t.j obowiązujące od dnia 24.10.2008 roku.

Protest poprzedzający odwołanie został wniesiony z uchybieniem ustawowego terminu na dokonanie tej czynności.

Art. 180 ust. 4 pkt 2 Pzp stanowi, że jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie innym, niż przetarg nieograniczony, protest dotyczący postanowień siwz wnosi się w terminie 10 dni od dnia doręczenia siwz – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Skoro siwz została doręczona wykonawcom w dniu 30 lipca 2009 r., termin na wniesienie protestu wobec treści siwz zaczął bieg w dniu 31 lipca 2009 r. i upłynął w dniu 10 sierpnia 2009 r.

Odwołujący się protest wniósł w dniu 21 sierpnia 2009 r., a więc z uchybieniem terminu ustawowego.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 *in initio* Pzp protest wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Wyjaśnienia treści siwz otrzymane przez odwołującego się w dniu 12 sierpnia 2009 r. nie modyfikowały treści siwz, nie wytworzyły jej nowej treści, nie mogą więc stanowić podstawy faktycznej zarzutu protestu, uzasadniającej liczenie biegu terminu na wniesienie środka ochrony prawnej od dnia ich otrzymania.

Udzielając odpowiedzi zamawiający potwierdził stan ustalony treścią pkt 5.5.1. i 5.5.5. znany odwołującemu się w dniu 30 lipca 2009r.

Treść pytań dotyczących pkt 5.5.1 oraz 5.5.5. sprowadza się w istocie, nie do interpretacji (wykładni autentycznej) treści siwz, ale do wniosku o dokonanie jej modyfikacji przez podanie danych dotyczących standardu i podstaw aktualizacji marketingowej (na marginesie Izba zauważa, że żądanie to poddaje w wątpliwość profesjonalizm wykonawcy, który na wcześniejszym etapie postępowania wykazał doświadczenie w realizacji szkoleń e-learningowych) oraz liczby osób kontynuujących szkolenie.

W dacie otrzymania siwz odwołujący się działając z należyłą starannością mógł powziąć wiadomość, kto jest wykonawcą usługi pn. „Akademia PARP” jest to bowiem informacja dostępna publicznie, możliwe było zatem podniesienie zarzutu, dotyczącego faworyzowania przez opis przedmiotu zamówienia jednego z wykonawców, w terminie przewidzianym na zgłoszenie protestu wobec treści siwz.

Jeśli w ocenie odwołującego się, brak podania przywoływanych informacji, uniemożliwia mu prawidłowe ustalenie ceny oferty, godzi w jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia oraz narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (faworyzuje jednego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia) mógł i powinien w terminie ustawowym liczonym od dnia otrzymania siwz wnieść protest wobec jej treści.

Odwołujący się zaniechał dokonania tej czynności. W ocenie Izby, wskazywanie na datę uzyskania wyjaśnień treści siwz lub informacji dotyczących wykonawcy usługi „Akademia PARP” zmierza w istocie do przywrócenia terminu na wnoszenie środków ochrony prawnej wobec treści siwz, któremu odwołujący się uchybił.

Terminy przewidziane w ustawie Prawo zamówień publicznych na wnoszenie środków ochrony prawnej mają charakter prekluzyjny (zawity) i nie podlegają przywróceniu w żadnym przypadku. Upływ terminu powoduje utratę prawa.

W przypadku stwierdzenia, że protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem przesłanek terminu na dokonanie tych czynności odwołanie podlega odrzuceniu na posiedzeniu niejawnym.

Izba odrzuciła zatem odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do wyniku postępowania zgodnie z 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 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....