

Sygn. akt: KIO/UZP 1618 /09

POSTANOWIENIE
z dnia 7 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Anna Packo

Izabela Kuciak

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 7 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne Spółka z o.o. 47-400 Racibórz, ul. Lecznicza 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej, 32-100 Proszowice, ul. Lecznicza 7**, protestu z dnia 13 października 2009 r. wniesionego przez Inwestorsko-Projektową Spółdzielnię Pracy "INWESTPROJEKT", ul. Świętokrzyska 12, 30-015 Kraków

przy udziale **Inwestorsko-Projektowej Spółdzielni Pracy "INWESTPROJEKT", ul. Świętokrzyska 12, 30-015 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne Spółka z o.o. 47 – 400 Racibórz, ul. Lecznicza 7** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne Spółka z o.o. 47-400 Racibórz, ul. Lecznicza 7;**
- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX;~~
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty 3 056 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Raciborskiego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego Spółka z o.o., 47 – 400 Racibórz, ul. Lecznicza 7.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Proszowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonywane usługi inwestora zastępczego oraz zarządzania projektem przy realizacji dobudowy bloku operacyjnego i centralnej sterylizatorni oraz ich technologicznego wyposażenia w SP ZOZ w Proszowicach przy ul. Kopernika 13 w ramach projektu Małopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007 -2013 .Poprawa bezpieczeństwa mieszkańców, w tym socjalnego i zdrowotnego”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 września 2009 roku, pod pozycją 320808.

Dnia 7 października 2009 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania wskazując, iż za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne Sp. z o. o. ul. Lecznicza 7, 47-400 Racibórz (RPI).

Pismem z dnia 12 października 2009 roku (wniesionym do Zamawiającego w dniu 13 października 2009 roku) wykonawca Inwestorsko – Projektowa Spółdzielnia Pracy „INWESTROJEKT” z siedzibą w Krakowie wniósł protest, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 10; art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, pkt 4, pkt 5, oraz art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych przez:

- 1) zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy RPI,
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy RPI,
- 3) wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę RPI, z naruszeniem przepisów ustawy.

Mając na uwadze powyższe Protestujący żądał

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawcy RPI,
- odrzucenia oferty RPI,

- dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty Protestującego, jako najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Protestujący uzasadniając wskazał, iż RPI w swojej ofercie, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia załączył wykaz wykonanych usług, zawierający trzy (3) usługi, z czego dwie (2) nie zostały zakończone – są w trakcie realizacji, co zdaniem Protestującego niezgodne jest z postawionym przez Zamawiającego warunkiem.

Ponadto Protestujący wskazał, iż Zamawiający wymagał, aby w treści oferty wykonawcy przedstawili kalkulację ceny ofertowej. W kserokopii przekazanej oferty RPI brak jest kalkulacji przedstawionej przez niego ceny ofertowej. W związku z tym oferta RPI winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp gdyż treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Protestujący twierdził również, że Zamawiający zaniechał czynności ustalenia czy zaoferowana przez RPI cena jest ceną rażąco niską, do czego był zobowiązany przepisami art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż cena podana przez RPI stanowi 38,42% kwoty jaką Zamawiający podał na otwarciu ofert, co wskazuje, iż cena ta nosi charakter rażąco niskiej ceny.

Zamawiający dnia 13 października 2009 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 16 października 2009 roku wykonawca Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne Sp. z o. o. ul. Lecznicza 7, 47-400 Racibórz przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku protestu.

Przystępujący odnosząc się do zarzutów Protestującego wskazał, iż usługi, w których wykazania uczestnictwa wymagał Zamawiający, to usługi o charakterze ciągłym, gdyż realizacja ich uzależniona jest od cyklu realizacji robót budowlany, z którymi usługi są związane. Tym samym zarówno wykaz wykonanych usług, jaki referencje załączone do tego wykazu w pełni odpowiadają wymogom dotyczącym spełniania warunku.

Odnosząc się do niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zwrócił uwagę, iż Zamawiający w katalogu oświadczeń i dokumentów, jak i w żadnym innym miejscu s.i.w.z. nie postawił żądania przedstawienia dokumentu pt. *Kalkulacja ceny ofertowej*. Tym samym Przystępujący takiego obowiązku nie miał.

W zakresie zaś zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny Przystępujący podniósł, iż oferta Protestującego jest zaledwie o ok. 55 000,00 zł droższa o jego oferty. Zdaniem Przystępującego jest to niewielka różnica mająca charakter zdrowej konkurencji rynkowej, tym bardziej, że jedynym kryterium oceny ofert jest cena, z wagą 100%.

Zamawiający dnia 22 października 2009 roku protest rozstrzygnął przez jego uwzględnienie. Informację o rozstrzygnięciu protestu przekazana została wykonawcom w dniu 23 października 2009 roku.

Zamawiający postanowił unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzyć czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Przystępujący i dnia 28 października 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając rozstrzygnięciu Zamawiającego naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez uznanie za sugestią protestującego, że oferta Przystępującego może podlegać odrzuceniu ze względu na podleganie wykluczeniu z postępowania i unieważnienie z tego powodu wyboru oferty najkorzystniejszej oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4, poprzez uznanie, za sugestią protestującego, że cena oferty Przystępującego może być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i unieważnienie z tego powodu wyboru oferty najkorzystniejszej, wnosząc o:

- 1) uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na uwzględnieniu protestu wniesionego przez Inwestorsko - Projektową Spółdzielnię Pracy „INWESTPROJEKT” z siedzibą w Krakowie i unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przewidzianych na podstawie przedstawionych na rozprawie rachunków.

Do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego – pismem z dnia 28 października 2009 roku (wpływ do UZP w dniu 2 listopada 2009 r.) przystąpił wykonawca Inwestorsko - Projektowa Spółdzielnia Pracy „INWESTPROJEKT” z siedzibą w Krakowie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas posiedzenia, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z przepisem art. 184 ust. 1a pkt 3 i 4 ustawy Pzp w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, odrzucenia oferty.

W ocenie Izby efektywne środki ochrony prawnej, w tym prawo do złożenia odwołania przysługują we wszystkich postępowaniach poniżej progów z zastrzeżeniem, że w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołaniem mogą być objęte wyłącznie czynności godzące w podstawowe interesy wykonawcy, które bezpośrednio dotyczą tego wykonawcy, korzystającego ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania i opisane wprost w dyspozycji normy art. 184 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę fakt, że wartość szacunkowa zamówienia, będąca usługą jest mniejsza niż kwota określona w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 19 grudnia 2007 roku 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) oraz fakt, że zarzuty Odwołującego sprowadzają się do czysto hipotetycznej możliwości dokonania czynności wykluczenia go z przedmiotowego postępowania, a zatem odnoszą się do innych niż wymienione w art. 184 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych czynności, zachodzi przesłanka określona w art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, skutkująca koniecznością odrzucenia odwołania.

Izba zwraca uwagę, iż Zamawiający w skutek wniesienia protestu powziął wątpliwości dotyczące treści złożonych ofert, a w szczególności oferty RPI, co w konsekwencji, jak zasygnalizował to w rozstrzygnięciu protestu, upoważnia go do niezbędnego przeanalizowania treści złożonych ofert, co pozwoli mu na ich rzetelną ocenę. Tym samym Zamawiający postanowił powtórzyć czynność oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na uwagę zasługuje fakt, iż w decyzji uwzględniającej protest Zamawiający w żadnym miejscu nie oświadczył, iż dokona czynności odrzucenia oferty czy też wykluczenia któregokolwiek z wykonawców składających oferty w przedmiotowym postępowaniu. Powyższe pozostaje w zgodzie ze złożonym, na posiedzeniu oświadczeniem Zamawiającego, iż zamierza dokonać czynności wynikających z procedury opisanej w przepisie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych – w odniesieniu do oferty Odwołującego.

Pozostaje tylko wątpliwość, co do terminu wykonywania określonych czynności, gdyż zgodnie z przepisem art. 183 ust. 5 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający w przypadku uwzględnienia protestu powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej niezwłocznie – jeżeli uwzględnił wszystkie zgłoszone żądania.

Skoro więc Zamawiający uwzględnił protest w całości, winien czynności, o których mówi w rozstrzygnięciu protestu dokonać niezwłocznie. Powyższe, Zamawiający sam wskazał w ostatnim akapicie rozstrzygnięcia protestu, jednakże nie stosując się do określonych zachowań we wskazanym czasie.

Takie postępowanie Zamawiającego uznać należy za niewłaściwe, mogące powodować brak zaufania do rzetelnego prowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a takie zaufanie każdy z wykonawców ma, składając ofertę – propozycję nawiązania współpracy.

W ocenie Izby na uwagę zasługuje również sformułowanie użyte w ustawie określające, iż odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty. Przepis ten nie stanowi, iż odwołanie służy w przedmiocie odrzucenia oferty lub w przedmiocie wykluczenia wykonawcy, a tylko dopuszcza odwołanie od wykluczenia lub odrzucenia. Przesłanki wykluczenia z postępowania reguluje przepis art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast przesłanki odrzucenia oferty art. 89 ustawy. Czynności określone w tych przepisach wykonuje Zamawiający.

Reasumując Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie było niedopuszczalne, albowiem nie dotyczyło wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia lub odrzucenia jego oferty. Podobnie wypowiedział się Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze w wyroku z dnia 24 marca 2009 roku, sygn. akt V Ga 13/09.

Izba na podstawie przepisu art. 187 ust. 4 pkt 8 w związku z art. 184 ust. 1a pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....