

Sygn. akt KIO/UZP 1273/09

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 10 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 uiszczzonego przez **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).

Dnia 10 sierpnia 2009 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Altkom Akademia S.A. z siedzibą w Warszawie i Topas Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Konsorcjum Altkom) wnieśli protest wobec treści siwz wskazując na naruszenie art. 29 ust 1 i 2 oraz art. 139 ust 1 Pzp w związku z art. 353¹ k.c. Protestujący wnieśli o wprowadzenie zmian siwz.

Wobec wezwania dokonanego przez zamawiającego w trybie art. 181 ust. 3 Pzp w dniu 10 sierpnia 2009 r., pismem z dnia 13 sierpnia 2009 r. 4System Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Zielonej Górze zgłosiła przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu po stronie Konsorcjum Altkom. W przystąpieniu wskazany został interes prawny, kopia przystąpienia została przekazana Konsorcjum Altkom.

Pismem z dnia 13 sierpnia 2009 r. doręczonym wykonawcom dnia 14 sierpnia 2009 r. zamawiający odrzucił protest na podstawie art. 180 ust. 7 Pzp jako wniesiony przez osobę nieuprawnioną

W dniu 24 sierpnia 2009 r. (pismem z tej samej daty) 4System Polska Sp. z o. o. za pomocą placówki pocztowej operatora publicznego wniosła odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Kopię odwołania zamawiający otrzymał w dacie wniesienia odwołania za pośrednictwem faksu.

Odwołujący się nie kwestionował prawidłowości odrzucenia protestu. Wywiódł natomiast, że uzasadnienie protestu nie zawierało rozstrzygnięcia merytorycznego, którego zamawiający winien był dokonać wobec wykonawców, którzy stali się uczestnikami postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1 oraz art. 29 ust 1 Pzp. Wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie postępowania na podstawie art.93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp. Podniósł, że brak określenia ilości osób, które rozpoczęły udział w szkoleniach Akademii PARP, a którym wykonawca ma umożliwić kontynuację udziału w szkoleniach oraz brak sprecyzowania wymaganej liczby mentorów i tutorów powodują brak możliwości prawidłowego oszacowania wynagrodzenia przez wykonawców.

Konsorcjum Altkom nie wniosło odwołania od rozstrzygnięcia protestu, natomiast zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się. Wnosząc o uwzględnienie odwołania wykazywało wadliwość rozstrzygnięcia protestu i popierało merytoryczne stanowisko odwołującego się.

Na posiedzeniu niejawnym zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 Pzp podnosząc, że odwołujący się nie zakwestionował prawidłowości rozstrzygnięcia protestu (odrzućenia protestu Konsorcjum Altkom), odwołanie oparte jest na innych podstawach prawnych oraz z powodu modyfikacji żądań odwołania w stosunku do żądań zawartych w proteście.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 Pzp Izba odrzuca odwołanie w razie stwierdzenia enumeratywnie wymienionych w nim przesłanek. Badanie przesłanek wskazanych w przywołanym przepisie i odrzucenie odwołanie w razie zaistnienia którejkolwiek z nich stanowią czynnością obligatoryjną Izby, niezależną od wniosków stron.

Na podstawie załączonych do akt dokumentów oraz oświadczeń stron, Izba ustaliła, że protest Konsorcjum Altkom został wniesiony przez osobę nieuprawnioną do dokonania tej czynności. Protest w imieniu Konsorcjum Altkom podpisał Pan Dariusz D. – Prezes Zarządu Altkom Akademia S.A.

Cywilnoprawny charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nakazuje odwołać w zakresie pełnomocnictwa do przepisów kodeksu cywilnego (art. 98 i nast. k.c w zw. z art. 14 Pzp). Załączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pełnomocnictwo z dnia 21 października 2008 r. udzielone przez Topas Sp. z o. o. spółce Altkom Akademia S.A. nie zawiera swojej treści upoważnienia do wniesienia protestu do zamawiającego.

Zasadnie zatem przyjął zamawiający, iż protest wniosła osoba nieuprawniona i odrzucił protest na podstawie art. 180 ust. 7 Pzp.

Powyższe ustalenie i ocena zamawiającego nie zostały zakwestionowane przez uczestników postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez wniesienie odwołania. Okoliczność, że pełnomocnictwo z dnia 21 października 2008 r. nie zawiera umocowania do wniesienia protestu została pośrednio przyznana przez Konsorcjum Altkom, które zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego złożyło nowe pełnomocnictwo.

Prawidłowość odrzucenia protestu nie została zatem zakwestionowana w sposób umożliwiający ocenę rozstrzygnięcia zamawiającego przez Izbę.

Brak formalny polegający na wniesieniu protestu przez podmiot nieuprawniony nie może być konwalidowany. Jego zaistnienie powoduje konieczność odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp.

Nietrafnie podnosi odwołujący się, że skuteczne przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu powoduje obowiązek zamawiającego merytorycznego odniesienia się (wobec odwołującego się) do zarzutów protestu popieranym w przystąpieniu. Zamawiający jest zobowiązany do merytorycznego rozpatrzenia zarzutów protestu jedynie w razie wniesienia tego środka ochrony prawnej z zachowaniem wymagań formalnych t.j. braku zaistnienia negatywnych przesłanek wymienionych w art. 180 ust. 7 Pzp. Rozstrzygnięcie protestu jest niepodzielne, jednakowe dla wszystkich uczestników postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu powoduje powstanie po stronie wykonawcy, który przystąpienie zgłosił, uprawnień do wniesienia odwołania.

Skoro jednak z mocy art. 184 ust. 1 *in initio* Pzp odwołanie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu, to w sytuacji, gdy zamawiający protest odrzucił, wykonawca chcąc doprowadzić do rozpatrzenia zarzutów podniesionych w proteście, zobowiązany jest do podważenia prawidłowości odrzucenia protestu.

Opisany wyżej stan prawny powoduje, że wykonawca, który (w okolicznościach faktycznych sporu) stwierdza, że postanowienia siwz naruszają jego interes prawny a nie wnosi samodzielny protest a jedynie przystępuje do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez innego wykonawcę, ponosi znaczne ryzyko.

Odwołujący się, w celu zabezpieczenia swego interesu w postępowaniu, winien wnieść odrębny protest lub podważyć rozstrzygnięcie protestu zapadłe w postępowaniu, do którego zgłosił przystąpienie, przez wniesienie odwołania kwestionującego poprawność odrzucenia protestu.

Zaniechanie dokonania tych czynności przez odwołującego się, w szczególności wobec badania przez Izbę przesłanek odrzucenia odwołania z urzędu, przynosi skutek w postaci braku możliwości merytorycznego zbadania zarzutów protestu oraz utraty prawa do ich podnoszenia (choćby tylko z powodu upływu terminu ustawowego, określonego w art. 180 ust. 4 Pzp, na wnoszenie środków ochrony prawnej dotyczących postanowień siwz).

Opisany stan faktyczny i prawny powoduje ponadto niedopuszczalność zgłoszenia przystąpienia przez Konsorcjum Altkom. Konsorcjum Altkom nie wniosło odwołania od rozstrzygnięcia protestu, który wniosło w dniu 10 sierpnia 2009 r., nie zakwestionowało w sposób przewidziany przez ustawę Prawo zamówień publicznych, prawidłowości odrzucenia protestu. Zatem zgłoszenie przystąpienia w celu doprowadzenia do merytorycznego zbadania zarzutów odwołania uznać należy za czynność zmierzającą do obejścia prawa, zatem nieskuteczną z mocy art. 58 § 1 k.c. w związku z art. 14 Pzp. Takie działanie Konsorcjum Altkom nie może doznawać ochrony.

Reasumując, Izba uznała, że brak jest podstaw do badania zarzutów odwołania na rozprawie i odrzuciła odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 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:

.....

.....