

POSTANOWIENIE
z dnia 11 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Honorata Łopianowska
Jolanta Markowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 11 sierpnia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BUDIMEX S.A. w Warszawie, FERROVIAL AGROMAN S.A. w Madrycie (Hiszpania) w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście S.A. w Szczecinie

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BUDIMEX S.A. w Warszawie, FERROVIAL AGROMAN S.A. w Madrycie (Hiszpania) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BUDIMEX S.A. w Warszawie, FERROVIAL AGROMAN S.A. w Madrycie (Hiszpania) tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BUDIMEX S.A. w Warszawie, FERROVIAL AGROMAN S.A. w Madrycie (Hiszpania) na rzecz Zarządu Morskich Portów Szczecin i Świnoujście S.A. w Szczecinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście S.A. w Szczecinie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie dodatkowych robót czerpalnych na potrzeby nowo budowanego Stanowiska Promowego nr 1 zlokalizowanego na południe od nabrzeży Terminala Promowego w Świnoujściu w terminie maksymalnym 45 dni od daty przekazania placu budowy.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26 lipca 2014 r. pod numerem 2014/S142-255861.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia BUDIMEX S.A. w Warszawie, FERROVIAL AGROMAN S.A. w Madrycie (Hiszpania) wnieśli odwołanie 29 lipca 2014 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 32 ust 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, przez dzielenie zamówienia publicznego na części w celu ominięcia stosowania przepisów ustawy;
- art. 3 Pzp przez pominięcie zastosowania procedury ogłoszenia i udzielenia zamówienia w trybie przewidzianym w ustawie oraz zaniechanie obowiązku informacyjnego o przysługujących środkach odwoławczych pomimo, iż z treści ogłoszenia wynika, że „ogłoszenie dotyczy zamówienia publicznego ” (pkt 11.1.3 ogłoszenia);
- art. 32 ust 4 Pzp przez określenie wartości zamówienia będącego częścią realizowanego zamówienia publicznego w sposób odrębny, a nie przez zsumowanie wartości całego zamówienia;
- art. 7 ust 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji w związku z niezgodnym z zapisami umownymi i ustawą podziałem istniejącego już i realizowanego zamówienia publicznego (nr 2012/S 77-127133), co w konsekwencji doprowadzi do wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy;
- art. 29 ust 1 i 2 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję, z uwagi na zakamuflowanie faktu dokonania niezgodnego z przepisami ustawy podziału przedmiotu zamówienia;
- art. 31 ust. 1 Pzp przez wskazanie nieprawdy w pkt IV.3.2 ogłoszenia o zamówieniu co do rzekomego braku istnienia poprzednich publikacji w przedmiocie tego samego zamówienia,

gdy tymczasem przedmiot tego zamówienia stanowi część przedmiotu zamówienia objętego ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia publicznego nr 2012/S 77-127133;

- art. 14 i 139 Pzp w związku z art. 387 kodeksu cywilnego przez prowadzenie postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia dotkniętego wadą pierwotnej niemożności świadczenia wobec objęcia przedmiotem zamówienia robót już wykonywanych na podstawie umowy nr NR/51/IN-r/25/2012, zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego nr 2012/S 77- 127133, a także dążenie do zawarcia umowy, która z mocy prawa byłaby nieważna, jako umowa o świadczenie niemożliwe, albowiem dotyczyłaby tego samego zakresu robót, który stanowi przedmiot umowy zawartej już z jednym wykonawcą;

- art. 144 ust 1 Pzp przez wprowadzenie istotnej zmiany umowy zawartej w celu udzielenia zamówienia publicznego wbrew przewidzianym w SIWZ możliwościom dokonania takiej zmiany.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący wywodził, że przedmiot postępowania wchodzi w zakres realizowanej obecnie na podstawie umowy nr NR/SI/IN-r/25/2012, zawartej w wyniku postępowania, które nie zostało opisane przez zamawiającego jako zamówienie udzielane w częściach i nie zawiera cech odrębności ani autonomiczności. Wywodził, że zakres robót czerpalnych stanowiących przedmiot postępowania jest tożsamy z częścią zakresu robót stanowiących przedmiotu umowy nr NR/51/IN-r/25/2012, zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego Nr 2012/S 77- 127133.

W czasie posiedzenia z udziałem stron zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wywodził również, że realizacja przedmiotu zamówienia na podstawie umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego (Nr 2012/S 77- 127133) nie jest możliwa.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Bezsporne jest między stronami, że w postępowaniu wszczętym ogłoszeniem o zamówieniu Nr 2012/S 77- 127133, zamawiający nie podzielił przedmiotu zamówienia na części, należało więc ocenić, czy dane zamówienie podlega przepisom ustawy.

Izba zważyła, że zamawiający jako tzw. „zamawiający sektorowy” udziela zamówienia w celu wykonywania działalności, wskazanej w art. 132 ust. 1 Pzp polegającej na zarządzaniu portami morskimi. Zgodnie z art. 133 ust. 1 Pzp taki zamawiający stosuje przepisy ustawy, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty wskazane w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Jak stanowi § 1 ust. 3 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 23

grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień i konkursów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w przypadku robót budowlanych udzielanych przez zamawiających sektorowych wartość ta wynosi 5.186.000 euro. Tymczasem zamawiający wartość zamówienia ustalił na kwotę 3.998.500 zł, co oznacza, że nie jest on zobowiązany do stosowania przepisów ustawy.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jednak sam fakt publikacji nie czyni z danej procedury postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż art. 12 ust. 5 Pzp pozwala zamawiającemu na przekazanie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia, którego publikacja ze względu na wartość zamówienia nie jest obowiązkowa.

Zamawiający zmierzający do zawarcia umowy w trybie przetargu prowadzonego na podstawie przepisów kodeksu cywilnego może zatem zamieścić ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nawet jeśli nie jest do tego zobowiązany przez przepis ustawy.

Sytuacja taka zaistniała w sprawie, gdyż Izba ustaliła, że działanie zamawiającego było zgodne z § 9 ust. 1 obowiązującym u zamawiającego aktem wewnętrznym - Regulaminem zamówień współfinansowanych ze środków Programu Operacyjnego „Infrastruktura i Środowisko” (kopia w aktach sprawy).

Na posiedzeniu ujawnił się również spór co do wartości przedmiotu zamówienia. Zamawiający wartość zamówienia oszacował na kwotę 3.998.500 zł, tymczasem odwołujący twierdził, że rzeczywista wartość tych prac wynosi przeszło 19.000.000 zł (netto). W odwołaniu podnosił, że wartość zamówienia winna być badana łącznie z wartością poprzednio udzielonego zamówienia (2012/S 77- 127133).

W tej mierze Izba zważyła, że w obecnym stanie prawnym prawidłowość oszacowania wartości zamówienia nie podlega badaniu w postępowaniu odwoławczym. Izba rozpoznaje spory w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które zamawiający wszczyna przez ogłoszenie o zamówieniu (art. 180 ust. 1 w zw. z art. 40 ust. 1 Pzp). Tymczasem zgodnie z art. 35 Pzp szacowanie wartości zamówienia stanowi czynność poprzedzającą postępowanie o udzielenie zamówienia.

Zasadniczą kwestią sporną ujawnioną na etapie posiedzenia była jednak ocena, czy przedmiot badanego odwołania stanowią roboty objęte zamówieniem publicznym udzielonym przez zamawiającego i wykonywanym przez odwołującego na podstawie umowy nr NR/51/IN-r/25/2012. Izba zważyła, że tak zarysowany spór dotyczy interpretacji postanowień umowy. Tymczasem zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp przedmiotem odwołania mogą być wyłącznie czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania dokonania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany przepisami ustawy.

Postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego (uchwała SN z 17 grudnia 2010 r., III CZP 103/10), zatem zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego powoduje, że ustaje kognicja Izby. Ochrona przyznana wykonawcy na gruncie przepisów ustawy dotyczy bowiem wyłącznie praw i obowiązków związanych z zamówieniem, którego zamawiający zamierza udzielić. Środki ochrony prawnej nie mogą służyć zabezpieczeniu interesu wykonawcy w związku z realizowaną już przez niego umową w sprawie zamówienia publicznego.

Podkreślić należy, że w postępowaniu odwoławczym ocena postanowień zawartych umów następuje wyjątkowo w odniesieniu do przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, w sytuacji, gdy odwołanie do umowy uprzednio zawartej przez odwołującego z zamawiającym wynika wprost z normy Pzp.

W konsekwencji spór co do zakresu przedmiotowego umowy nr NR/51/IN-r/25/2012 nie może być przedmiotem badania w postępowaniu odwoławczym. W tej mierze właściwy jest sąd powszechny.

Badanie przesłanek wskazanych w art. 189 ust. 2 Pzp jest obligatoryjną czynnością Izby. Zaistnienie którejkolwiek z nich powoduje, że odwołanie nie podlega skierowaniu na rozprawę.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. Orzeczenie zapadło w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie Pzp.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....