

POSTANOWIENIE
z dnia 17 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Anna Majstrowicz
Jolanta Markowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 17 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ELEKTROTIM S.A., 54-156 Wrocław, ul. Stargardzka 8**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Stołeczny Zarząd Infrastruktury, 00-909 Warszawa, Al. Jerozolimskie 97** protestu z dnia 14 stycznia 2009 r.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **ELEKTROTIM S.A., 54-156 Wrocław, ul. Stargardzka 8** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ELEKTROTIM S.A., 54-156 Wrocław, ul. Stargardzka 8**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **ELEKTROTIM S.A., 54-156 Wrocław, ul. Stargardzka 8**, na rzecz **Stołeczny Zarząd Infrastruktury, 00-909 Warszawa, Al. Jerozolimskie 97**

stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ELEKTROTIM S.A., 54-156 Wrocław, ul. Stargardzka 8.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, na „Modernizację systemu ochrony technicznej i elektronicznej kompleksu wojskowego w Warszawie”, **Odwołujący – ELEKTROTIM S.A. z siedzibą we Wrocławiu** wniósł odwołanie (pismo z dnia 30.01.2009 r.) od rozstrzygnięcia protestu (pismo z dnia 26.01.2009 r.), dokonanego przez **Zamawiającego – Stołeczny Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Warszawie.**

Zarzucił Zamawiającemu, tak jak w proteście (pismo z dnia 14.01.2009 r.), naruszenie przepisów art. 7 ust.1, art. 2 pkt 5, art. 91 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 1, art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz.1655 z późn. zm.), zwanej w dalszej treści Pzp, przez dokonanie następujących czynności:

- 1) wykluczenie Odwołującego z postępowania mimo, że firma nie podlegała wykluczeniu,
- 2) unieważnienie postępowania,
a przez to:
- 3) przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 4) nie wybranie najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o:

- 1) przywrócenie oferty ELEKTROTIM S.A. jako podmiotu, który nie podlega wykluczeniu, a jego oferta nie powinna zostać odrzucona,
- 2) z uwagi na fakt, że podstawa unieważnienia przetargu jest w związku z bezzasadnym wykluczeniem ELEKTROTIM S.A. bezpodstawną - uchylenia decyzji o unieważnieniu przetargu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania, odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu postępowania, doręczono mu w dniu 7.01.2009 r. Protest został wniesiony w dniu 14.01.2009 r. Rozstrzygnięcie protestu przez jego oddalenie doręczono w dniu 26.01.2009 r. Odwołanie wniesiono w dniu 30.01.2009 r. Odwołujący nie naruszył zasady uczciwej konkurencji składając ofertę, co jest niezbędną przesłanką zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp. Opracowany przez niego projekt oraz kosztorys inwestorski został zmieniony w dalszej części przygotowania postępowania, zatem nie można uznać, że Odwołujący brał bezpośredni udział w przygotowaniu postępowania, bądź posługiwał się w przygotowaniu oferty osobami, które wykonywały bezpośrednie czynności przygotowawcze.

Zamawiający oddalił protest przytaczając argumenty pokrywające się z częścią uzasadnienia wyroku KIO z dnia 30 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 730/08 i podał, że fakt opracowania dokumentacji, kosztorysu inwestorskiego oraz Zbiorczego Zestawienia Kosztów, a także wysokość ceny oferty Odwołującego, świadczą o przewadze możliwości przy przygotowaniu oferty nad innymi uczestnikami postępowania, a zatem zachodzi podstawa do zastosowania wskazanego przepisu Pzp i wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie dokumentów zawartych w aktach sprawy, w szczególności protestu, rozstrzygnięcia protestu i odwołania, oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego, w tym dokumentów dotyczących przebiegu postępowania, złożonych w postępowaniu ofert oraz wyjaśnień pełnomocników Odwołującego i Zamawiającego, ustaliła i zważyła w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron, co następuje.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w BZP 2008, poz. 222495 z dnia 17.09.2008 r. Wartość zamówienia wynosi 3 212 100 zł, co stanowi równowartość 828 500 euro. Jest to wartość mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 Pzp, zatem do postępowania odwoławczego stosuje się przepisy ustawy po

nowelizacji obowiązującej od dnia 24 października 2008 r. Zgodnie z art. 184 ust. 1a Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, odrzucenia oferty.

W postępowaniu złożono 4 oferty. Cena oferty Odwołującego jest najniższa, wynosi 3 625 067,12 zł, pozostałych wykonawców: 4 014 793,08 zł – ZEUS S.A. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, 5 389 677,17 zł – Hertz Systems Ltd Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, 6 105 233,47 zł „VIDOM” z siedzibą w Mińsku Mazowieckim.

Pierwotnie oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza (pismo z dnia 23.12.2008 r. nr 12726/IV/08/faks). Po wniesieniu protestu firmy ZEUS S.A. w dniu 23.12.2008 r., w którym wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 1 i art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, przez nie wykluczenie obecnego Odwołującego z postępowania, nie odrzucenie jego oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, protestujący żądał odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownej oceny ofert i uznania oferty protestującego za najkorzystniejszą lub unieważnienia postępowania.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił Odwołujący zgłaszając argumentację na obronę swojej pozycji w postępowaniu i złożonej oferty (pismo z dnia 29.12.2008 r.)

Zamawiający uwzględnił protest i postanowił dokonać ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu (pismo z dnia 2.01.2009 r. nr 16/IV/09/faks).

W wyniku ponownego badania i oceny ofert, Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp z powodu wykonania projektów wykonawczych, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz kosztorysu inwestorskiego tego zadania, a także zaproponowanie ceny oferty w granicach kosztorysu inwestorskiego oraz unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp z powodu ceny najkorzystniejszej oferty przewyższającej kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (pismo z dnia 7.01.2009 r. nr 128/IV/09/faks).

Odwołujący wniósł protest i wobec jego oddalenia, odwołanie, w których podważył czynności Zamawiającego w wyniku uwzględnienia protestu firmy ZEUS S.A. Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 01.2009 r., które następnie cofnął, wobec czego KIO umorzyła postępowanie odwoławcze (postanowienie z dnia 27.01.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 65/09). Postępowanie wszczęte wniesieniem protestu przez ZEUS S.A. zostało ostatecznie rozstrzygnięte poprzez wydanie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze przez KIO.

Zamawiający ponownie badając i oceniając oferty oraz wykluczając Odwołującego z postępowania i odrzucając jego ofertę, dokonał czynności zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

W tej sytuacji Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zarzuty rozpoznawanego odwołania dotyczą czynności dokonanych przez Zamawiającego w wyniku uwzględnienia protestu wniesionego przez ZEUS S.A. W tej sytuacji odwołanie podlega odrzuceniu na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp.

Zarzut dotyczący unieważnienia postępowania oraz wniosek o unieważnienie tej decyzji Zamawiającego nie może być rozpoznany i odwołanie w tym zakresie także podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 Pzp, gdyż czynność Zamawiającego objęta zarzutem nie jest czynnością, którą można kwestionować w odwołaniu, w myśl art. 184 ust. 1 a Pzp. W przepisie tym w czterech punktach określono czynności Zamawiającego, które można podważać w postępowaniu odwoławczym, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Katalog czynności określonych w tym przepisie nie zawiera czynności unieważnienia postępowania.

Rozstrzygnięcie protestu wniesionego w dniu 14 stycznia 2009 r. nastąpiło w dniu 26 stycznia 2009 r. (nr 825/IV/09/ fax), a więc po upływie terminu na jego rozstrzygnięcie. 10 dniowy termin rozstrzygnięcia protestu upłynął w dniu 24 stycznia 2009 r. (sobota). Dzień ten nie był dniem ustawowo wolnym od pracy, nie może więc być zastosowany przepis art. 115 kc w zw. z art. 14 Pzp., który stanowi, że jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin upływa dnia następnego. Nie było więc podstaw do uznania, że termin, którego koniec przypadł na sobotę przesuwana się na poniedziałek. Zgodnie z art. 183 ust. 3 Pzp brak rozstrzygnięcia protestu w terminach wskazanych w ust. 1 i 2 tego artykułu uznaje się za jego oddalenie. Wobec powyższego 5 dniowy termin na wniesienie odwołania do Prezesa UZP rozpoczął bieg od dnia oddalenia protestu z mocy prawa tj. od dnia 24 stycznia 2009 r. i upłynął z dniem 29 stycznia 2009 r.

Odwołanie zostało wniesione w dniu 30 stycznia 2009 r., co potwierdza koperta ze stemplem placówki pocztowej operatora publicznego oraz prezentata UZP na pierwszej stronie odwołania z datą 30. 01.2009 r.

KIO nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż przepis art. 184 ust. 2 Pzp zawiera alternatywne terminy wniesienia odwołania. W myśl tego przepisu, odwołanie wnosi się w terminie 5 dni (ze względu na wartość zamówienia) od dnia doręczenia rozstrzygnięcia

protestu (pod warunkiem rozstrzygnięcia protestu w terminie) lub upływu terminu na rozstrzygnięcie protestu.

Stanowisko powyższe potwierdza orzecznictwo sądowe, zwłaszcza uchwała Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2005 r. III CZP 41/05

Z uwagi na powyższe, KIO na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4, 6 i 8 Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600 zł, określonej na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy - § 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. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

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 z późn. 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:

.....

.....