

Sygn. akt: KIO 882/14

POSTANOWIENIE

z dnia 14 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

po rozpoznaniu w Warszawie w dniu **14 maja 2014 r.** na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **5 maja 2014 r.** przez wykonawcę: **TM-VIA Sp. z o.o. ul. Balicka 100, 30-950 Kraków**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie ul. Centralna 53, 31-586 Kraków**, przy udziale konsorcjum firm:

- **Zakład Zabezpieczenia Ruchu Drogowego Sp. z o.o., ul. S. Lindego 20, 30-148 Kraków** oraz **Wimed Oznakowanie Dróg Sp. z o.o., ul. Tarnowska 48, 33-170 Tuchów**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie wykonawcy: **TM-VIA Sp. z o.o. ul. Balicka 100, 30-950 Kraków**,
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **TM-VIA Sp. z o.o. ul. Balicka 100, 30-950 Kraków**,
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **TM-VIA Sp. z o.o. ul. Balicka 100, 30-950 Kraków**, tytułem wpisu od odwołania.

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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 882/14

Uzasadnienie:

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na „Bieżące utrzymanie i remonty elementów bezpieczeństwa ruchu drogowego na terenie Miasta Krakowa - drogi gminne i wewnętrzne” (BZP poz. 72635 z 03.04.2014 r.), w dniu 5 maja 2014 r. zostało złożone pisemne odwołanie przez wykonawcę TM-VIA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec czynności zamawiającego polegających na niezgodnym z przepisami badaniu i oceny ofert w postępowaniu i wybór oferty przystępującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Zarządowi Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej zwaną ustawą Pzp, tj.:

- 1) art. 24 ust. 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu nie potwierdzenia przez tego wykonawcę (konsorcjum firm Zakład Zabezpieczenia Ruchu Drogowego Sp. z o.o., ul. S. Lindego 20, 30-148 Kraków oraz Wimed Oznakowanie Dróg Sp. z o.o., ul. Tarnowska 48, 33-170 Tuchów) posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę;
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) dokonania ponownej oceny ofert;
- 2) wykluczenia wykonawcy (konsorcjum firm Zakład Zabezpieczenia Ruchu Drogowego Sp. z o.o., ul. S. Lindego 20, 30-148 Kraków oraz Wimed Oznakowanie Dróg Sp. z o.o., ul. Tarnowska 48, 33-170 Tuchów) z postępowania;

3) odrzucenie oferty konsorcjum firm Zakład Zabezpieczenia Ruchu Drogowego Sp. z o.o., ul. S. Lindego 20, 30-148 Kraków oraz Wimed Oznakowanie Dróg Sp. z o.o., ul. Tarnowska 48, 33-170 Tuchów.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że w dniu 30 kwietnia 2014 r. został poinformowany drogą elektroniczną, o wynikach oceny i badania ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej. Powoływał się, że jako uczestnik przetargu posiada interes prawny w złożeniu odwołania ponieważ w przypadku odrzucenia oferty konsorcjum firm Zakład Zabezpieczenia Ruchu Drogowego Sp. z o.o. oraz Wimed Oznakowanie Dróg Sp. z o.o. - oferta odwołującego się winna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący podnosił, że decyzja zamawiającego, o wyborze najkorzystniejszej oferty jest wadliwa z uwagi na następujące okoliczności.

1. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu nie potwierdzenia przez tego wykonawcę posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający w SIWZ, stwierdził, że spełnianie warunku z art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, nastąpi poprzez wykazanie przez wykonawcę szczegółowo określonego doświadczenia. Mimo zasadnie określonych wymogów - zamawiający dokonując wyboru wykonawcy - całkowicie pominął okoliczności świadczące o braku ich spełnienia przez wyłonione konsorcjum.

Ze złożonej przez konsorcjum oferty, zdaniem odwołującego wynika, że warunek ten nie został spełniony. Oferta złożona przez konsorcjum firm Zakład Zabezpieczenia Ruchu Drogowego Sp. z o.o. oraz Wimed Oznakowanie Dróg Sp. z o.o. nie spełnia warunku określonego w SIWZ, Część III, punkt 1, podpunkt b, dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia - zamawiający wymagał, aby wykazać, że „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie Wykonawca wykonał roboty budowlane w zakresie docelowej organizacji ruchu.” Oferta ww. konsorcjum nie spełnia warunku okresu czasu - zamówienie pn. „Utrzymanie i remonty oznakowania pionowego, poziomego oraz elementów bezpieczeństwa ruchu drogowego na terenie miasta Krakowa - cz. 1” dla RDM Śródmieście Sp. z o.o., ul. Nad Strugą 7a, 31-411 Kraków oraz „Utrzymanie i remonty oznakowania pionowego, poziomego oraz elementów bezpieczeństwa ruchu drogowego na terenie miasta Krakowa - cz. II” dla Budostal 5 S.A., ul. Na Załęczu 1, 31-587 Kraków - wykonane zostały w okresie od 01.01.2008 do 30.06.2009, a więc zdecydowanie nie „w okresie ostatnich pięciu lat przed

upływem terminu składania ofert”, tj. 18.04.2014. Za okres ostatnich pięciu lat należy uznać okres od 19.04.2009 do 18.04.2014.

Dalej odwołujący wskazywał, że konsorcjum firm Zakład Zabezpieczenia Ruchu Drogowego Sp. z o.o. oraz Wimed Oznakowanie Dróg Sp. z o.o. nie spełnia warunku określonego w SIWZ, Część III, punkt 1, podpunkt b. dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia - Zamawiający wymagał, aby wykazać, że „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie Wykonawca wykonał roboty budowlane w zakresie docelowej organizacji ruchu.” Oferta ww. konsorcjum nie spełnia warunku „bieżącej konserwacji oraz utrzymania oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu w mieście o ilości mieszkańców powyżej 500 000, oznakowaniu pionowym oraz urządzeniach bezpieczeństwa ruchu w ilości co najmniej 33 000 elementów” w zakresie docelowej organizacji ruchu.

Kolejno odwołujący wskazywał, że konsorcjum firm Zakład Zabezpieczenia Ruchu Drogowego Sp. z o.o. oraz Wimed Oznakowanie Dróg Sp. z o.o. nie spełnia warunku określonego w SIWZ, Część III, punkt 1, podpunkt b, dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia - Zamawiający wymagał, aby wykazać, że „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie Wykonawca wykonał roboty budowlane w zakresie docelowej organizacji ruchu polegające na posiadaniu doświadczenia w bieżącym utrzymaniu i remontach barier betonowych i stalowych oraz separatorów ruchu.” Oferta ww. konsorcjum nie spełnia warunku posiadania doświadczenia w bieżącym utrzymaniu i remontach barier betonowych i stalowych oraz separatorów ruchu.

W przeświadczeniu odwołującego konsorcjum firm Zakład Zabezpieczenia Ruchu Drogowego Sp. z o.o. oraz Wimed Oznakowanie Dróg Sp. z o.o. nie spełnia warunku określonego w SIWZ, Część III, punkt 1, podpunkt b, dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia - Zamawiający wymagał, aby wykazać, że „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie Wykonawca wykonał roboty budowlane w zakresie docelowej organizacji ruchu.” Oferta ww. konsorcjum nie spełnia warunku doświadczenia.

Odwołujący nadmienił, iż zamawiający nie wystąpił do ww. konsorcjum o złożenie stosownych wyjaśnień, czy w okresie od 19.04.2009 r. do 30.06.2009 r. podmiot wykazujący doświadczenie spełnił warunek ilości 33 000 elementów w zakresie bieżącej konserwacji oraz utrzymania oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego, warunek ilości 50 000 m² utrzymania oznakowania poziomego oraz warunek posiadania

doświadczenia w bieżącym utrzymaniu i remontach barier betonowych i stalowych oraz separatorów ruchu.

Zdaniem odwołującego, konsorcjum firm Zakład Zabezpieczenia Ruchu Drogowego Sp. z o.o. oraz Wimed Oznakowanie Dróg Sp. z o.o. nie spełnia warunku określonego w SIWZ, Część III, punkt 1, podpunkt d, dotyczącego dysponowania potencjałem technicznym - Zamawiający wymagał, aby wykazać posiadanie m.in. samochodu dostawczego wyposażonego w GPS z możliwością wydruku oraz możliwością udostępnienia aplikacji z podglądem pozycji wskazanego samochodu na podkładzie mapy Miasta Krakowa w ilości 5 sztuk oraz szczotki mechanicznej wyposażonej w urządzenie odpylające w ilości 1 sztuki. Oferta ww. konsorcjum nie spełnia warunku posiadania samochodu oraz szczotki - wykazany w ofercie potencjał techniczny nie spełnia warunku Zamawiającego dot. wyposażenia samochodów w GPS z możliwością wydruku oraz możliwością udostępnienia aplikacji z podglądem pozycji wskazanego samochodu na podkładzie mapy Miasta Krakowa oraz wyposażenia szczotki w urządzenie odpylające (wykazana szczotka Hydrog OCM 600M nie posiada urządzenia odpylającego).

Odwołujący podnosił, iż oferta złożona przez konsorcjum firm Zakład Zabezpieczenia Ruchu Drogowego Sp. z o.o. oraz Wimed Oznakowanie Dróg Sp. z o.o. nie zawiera dokumentu potwierdzającego wpłacenie wadium w wysokości 45 000 zł - zgodnie z SIWZ. Część V. punkt 1. „wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert”, a za termin wniesienia wadium w formie pieniężnej, przyjmuje się termin uznania rachunku bankowego Zamawiającego.

2. W odniesieniu do zarzutu naruszenia naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę;

Odwołujący argumentował, że oceniając ofertę cenową złożoną przez konsorcjum firm Zakład Zabezpieczenia Ruchu Drogowego Sp. z o.o. oraz Wimed Oznakowanie Dróg Sp. z o.o. należało uznać, że wykonawca nie skalkulował obiektywnie cen, szczególnie w pozycjach kosztorysowych nr 1-24, 83, 84, 88-91, 94, 96-102, 108, 107,109-114, 119, 120, 122-126, 132-136, 140-143 oraz 146-148. Wobec powyższego powstaje zasadna obawa, czy u podstaw działań oferenta znajdują się obiektywne czynniki i konkretne wyliczenia, które uzasadnią tak niską kalkulację ceny. Z tego powodu, zamawiający zobowiązany był, w ocenie odwołującego, wszcząć obligatoryjne postępowanie wyjaśniające - w trybie określonym w art. 90 ustawy - czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem odwołującego, zamawiający bezpodstawnie zaniechał zbadania ceny w tej ofercie, ponieważ zmuszony byłby ją uznać za podlegającą odrzuceniu. Wykonanie zamówienia nie jest możliwe dla potencjalnego wykonawcy bez poniesienia straty. Oznacza to równocześnie naruszenie ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

3. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Odwołujący przekonywał, że przytoczone argumenty potwierdzają, że złożenie oferty przez ww. konsorcjum, stanowi uchybienie zasadom uczciwej konkurencji poprzez naruszenie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Złożenie oferty przez wyłonione konsorcjum, wobec braku wykazania doświadczenia i uzasadnionych wątpliwości co do kalkulacji ceny - może stanowić „sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia (...) w celu eliminacji innych przedsiębiorców”, co stanowi utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 5 maja 2014 r. do postępowania odwoławczego zgłosił pisemne przystąpienie w dniu 7 maja 2014 r. po stronie zamawiającego (w kopii przesłane stronom) wykonawca wybrany konsorcjum firm: Zakład Zabezpieczenia Ruchu Drogowego Sp. z o.o., ul. S. Lindego 20, 30-148 Kraków oraz Wimed Oznakowanie Dróg Sp. z o.o., ul. Tarnowska 48, 33-170 Tuchów,

Zgłaszający przystąpienie stwierdził, iż zarzuty odwołania należy uznać za bezpodstawne, jednocześnie wskazywał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, gdyż byłoby to równoznaczne z utrzymaniem w mocy czynności wyboru oferty przystępującego do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Izba postanowiła dopuścić konsorcjum wykonawców: Zakład Zabezpieczenia Ruchu Drogowego Sp. z o.o. oraz Wimed Oznakowanie Dróg Sp. z o.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane o wartości szacunkowej zamówienia mniejszej niż 5 186 000 euro, jak podano na tytułowej stronie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający poinformował faksem z dnia 12 maja 2014 r., doręczonym na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, że wartość szacunkowa zamówienia, którego przedmiotem jest robota budowlana wraz z przewidywanymi zamówieniami uzupełniającymi (50%) wynosi 3 414 634,14 zł.

Zgodnie z treścią § 1 ust. 2 pkt b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2013 r., poz. 1735) ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych przekracza kwotę 5 186 000 euro. Postępowanie zostało wszczęte w dacie 03.04.2014 r. przez publikację ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych poz. 72635.

Odwołanie dotyczy czynności zamawiającego wyboru oferty konsorcjum firm: Zakład Zabezpieczenia Ruchu Drogowego Sp. z o.o., ul. S. Lindego 20, 30-148 Kraków oraz Wimed Oznakowanie Dróg Sp. z o.o., ul. Tarnowska 48, 33-170 Tuchów.

Przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter wyjątku od reguły, iż odwołanie przysługuje od czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniach o wartości powyżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i przewiduje, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec oznaczonych ściśle czynności.

W postępowaniach o zamówienie publiczne o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, ograniczono wnoszenie odwołań jedynie do najistotniejszych decyzji mogących naruszać interesy wykonawców. Stanowisko Komisji Europejskiej i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zwraca uwagę na konieczność zapewnienia w postępowaniach, które nie są lub są częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych, środków ochrony prawnej dla najistotniejszych decyzji mogących naruszać interes wykonawców, takich jak wykluczenie z postępowania, czy też odrzucenie oferty (Komunikat wyjaśniający Komisji: Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej 2006/C 179/02).

W postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych ustawodawca nie przyznał wykonawcom prawa do wnoszenia odwołania na wybór oferty innego wykonawcy, nawet wówczas, gdy w przekonaniu uczestnika przetargu, czynność taka jest bezprawna, narusza przepisy i uprawnienia oferentów. Wykonawca może złożyć jedynie informację w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp o niezgodnej z przepisami tej ustawy czynności lub zaniechaniu czynności, do której zamawiający był zobowiązany.

Skoro ustawa nie zezwala na wnoszenie odwołania od czynności wyboru oferty innego wykonawcy, to tym samym Krajowa Izba Odwoławcza nie jest uprawniona do ustaleń i rozważań oraz podjęcia rozstrzygnięcia w zakresie, czy czynność taka znajdowała

uzasadnienie w konkretnych okolicznościach danego postępowania, czego domagał się odwołujący.

Bezsprzecznie ustaloną i niekwestionowaną okoliczność stanowi, iż wartość zamówienia w niniejszym postępowaniu nie przekracza kwot wymienionych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Z kolei przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Katalog ten jest zamknięty i nie daje podstawy wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu o wartości mniejszej niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, do zaskarżania odwołaniem czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty innego wykonawcy

Z tych względów odwołanie podlegało odrzuceniu stosownie do postanowień art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Podstawy odrzucenia odwołania Izba ustala z urzędu. Zaistnienie negatywnej przesłanki procesowej wynikającej z treści art. 189 ust. 2 ustawy Pzp obliguje Izbę do odrzucenia odwołania, bez merytorycznego rozpatrywania zgłoszonych zarzutów i żądań, nawet gdyby były one uzasadnione stanem faktycznym i prawnym sprawy. Izba odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika, stosownie do postanowień art. 189 ust. 3 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania kwotę uiszczanego wpisu na podstawie § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

