

Sygn. akt: KIO/UZP 1237/08

POSTANOWIENIE
z dnia 21 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Stanisław Sadowy
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na posiedzeniu ~~rozprawie~~^{*} w dniu ~~w dniach~~^{*} 20 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Grupę Doradczą Sienna Sp. z o.o., 00-443 Warszawa, ul. Górnośląska 1/188** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2/4** protestu ~~protestów~~^{*} z dnia 15 października 2008 r.

przy udziale wykonawców: **Domański Zakrzewski Palinka sp. k., 00-124 Warszawa, Rondo ONZ 1, XXI p. i Instytut Zamówień Publicznych Audyt i Doradztwo Sp. z o.o., 00-634 Warszawa, ul. Jaworzyńska 7 lok. 21**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Grupę Doradczą Sienna Sp. z o.o., 00-443 Warszawa, ul. Górnośląska 1/188**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Grupę Doradczą Sienna Sp. z o.o., 00-443 Warszawa, ul. Górnośląska 1/188,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie:00) 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 **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Grupy Doradczej Sienna Sp. z o.o., 00-443 Warszawa, ul. Górnośląska 1/188.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przeprowadzenie kontroli postępowań o udzielenie zamówień publicznych w projektach realizowanych w ramach Sektorowego Programu Operacyjnego Transport (SPOT), prowadzonym przez Zamawiającego - Ministerstwo Rozwoju Regionalnego w trybie zamówienia z wolnej ręki, Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o. (dalej Protestujący lub Odwołujący) złożyła protest, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 5 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą”, przez połączenie dwóch usług w celu obejścia przepisów ustawy,
2. art. 67 ustawy przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy brak jest ku temu ustawowych przesłanek,
3. art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy przez błędne zakwalifikowanie przedmiotu zamówienia jako usługę prawniczą,

4. art. 7 ustawy przez złamanie podstawowych zasad udzielania zamówienia publicznego: zasady równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji oraz udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy,
5. art. 10 ustawy przez złamanie zasady zastosowania trybu przetargu nieograniczonego lub ograniczonego jako podstawowych trybów udzielania zamówień,
6. art. 11 ustawy przez zaniechanie przez Zamawiającego obowiązku publikacyjnego,
7. art. 32 ust 1 i 2 ustawy przez błędne oszacowanie wartości zamówienia i celowe zaniżenie go poniżej progów.

Protestujący wniósł o:

1. unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy,
2. powtórne wszczęcie postępowania i przeprowadzenie go w jednym z konkurencyjnych trybów.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że:

1. Protest dotyczy w szczególności wyboru przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki i zaproszenia do udziału w postępowaniu wyłącznie jednego wykonawcy do każdej części zamówienia, zamiast trybu konkurencyjnego, co stanowi zaniechanie zaproszenia większej liczby wykonawców lub zaniechanie ogłoszenia o zamówieniu.
2. Wybór trybu i zaproszenia do udziału w postępowaniu są, w rozumieniu art. 180 ust. 1 ustawy, czynnościami podjętymi przez Zamawiającego w toku postępowania. Tryb zamówienia z wolnej ręki uregulowany w art. 66 - 68 ustawy jest szczególnym trybem zamówienia publicznego, gdyż w tym trybie Zamawiający udziela zamówienia w wyniku rokowań z jednym tylko wykonawcą, podczas gdy w pozostałych trybach wymienionych w ustawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uczestniczy wielu wykonawców.
3. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, gdy są spełnione przesłanki prawne określone w art. 67 ust. 1 ustawy. Z uwagi na poza przetargowy charakter, tryb zamówienia z wolej ręki powinien być interpretowany w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu.
4. Szczególnym przepisem zezwalającym na udzielenie niektórych z rodzajów zamówień w trybie zamówienia z wolnej ręki jest art. 5 ust. 3 - 12 ustawy, który zezwala dla zamówień wymienionych w pkt 3 - 12 art. 5 ustawy na niestosowanie przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki oraz obowiązku informowania w tych przypadkach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Jednakże, zawsze udzielając

zamówienia na jedną z usług opisanych w art. 5 ust. 1 pkt 3 - 12 ustawy należy mieć na uwadze brzmienie przepisu wynikające z ust. 2 i 3 art. 5 ustawy. Ustępy 2 i 3 określają bowiem reguły, jakimi ma się kierować Zamawiający w przypadku udzielania zamówienia na usługi objęte zakresem art. 5 oraz inne usługi, dostawy lub roboty budowlane. Zasadą jest stosowanie przepisów dotyczących tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w zamówieniu jest największy. Jednak z uwagi na szczególne ułatwienia dla zamówień wymienionych w art. 5 Zamawiający nie może w celu obejścia ustawy łączyć ich z innymi usługami. Jeżeli więc nawet udział wartościowy usług wymienionych w art. 5 ust. 1 w zamówieniu jest większy, zamawiający będzie musiał wykazać, że "dołączenie" do nich innych usług nie miało na celu obejścia stosowania przepisów ustawy. W praktyce przepis ten oznacza zakaz łączenia innych usług z usługami objętymi art. 5 i niestosowania do takiego zamówienia wymienionych przepisów ustawy.

W ocenie Protestującego do takiego nieuprawnionego połączenia dwóch usług doszło w przedmiotowym postępowaniu.

Protestujący wskazał ponadto, że:

1. Przedmiotem zamówienia objęte zostały usługi prawnicze oraz usługa nadzoru i kontroli. Bezwzględny zakaz wynikający zatem z art. 5 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych został naruszony.
2. Sam Zamawiający wskazuje w protokole prowadzonego postępowania, że powodem zastosowania trybu innego niż przetarg nieograniczony lub przetarg ograniczony jest okoliczność, że według Wspólnego Słownika Zamówień na przedmiot zamówienia składają się usługi prawnicze (74110000-3) oraz usługi nadzoru i kontroli (07432000-8). Wartościowy udział usług prawniczych stanowi ponad 50% kosztów całego zamówienia. Zamawiający powołuje jednocześnie, iż zgodnie z art. 5 ust. 2 ustawy, jeśli zamówienie obejmuje równocześnie usługi wymienione w art. 5 ust. 1, oraz inne usługi, do udzielania zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy. Jednocześnie przy usługach prawniczych (art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy) Zamawiający może nie stosować przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki oraz obowiązku informowania w tym przypadku Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W ocenie Protestującego stoi to w oczywistej sprzeczności z treścią art. 5 ust. 3 ustawy, a zatem jest to sytuacja, w której z uwagi na zastosowanie trybu z wolnej ręki prowadzone postępowanie winno zostać unieważnione.

Protestujący podniósł także, że:

1. Stosowanie trybu z wolnej ręki nie może prowadzić do naruszenia podstawowych zasad ustawy - w tym zasady konkurencji. Wskazał, że norma dyrektywy wdrażana poprzez art. 5 ustawy wskazuje na dopuszczalność stosowania procedury negocjacji bez uprzedniego ogłoszenia, co oznacza negocjacje z jednym lub większą liczbą wykonawców. Jednocześnie zarówno dyrektywy, jak i Traktat wskazują, na konieczność ochrony konkurencji, a orzecznictwo ETS (np. uzasadnienie wyroku C 507/03) oraz zalecenia Komisji Europejskiej dotyczące wydatkowania środków pochodzących ze wsparcia Wspólnoty nakazują rygorystyczne respektowanie przepisów służących ochronie konkurencji tak w postępowaniach objętych normami dyrektyw, jak i przy wartościach podlegających jedynie regułom Traktatu i przepisom krajowym. Tym samym zastosowanie bez uzasadnienia i bez poddania pod osąd rynku trybu negocjacji z jednym wykonawcą rażąco narusza tę zasadę.
2. Zamawiający rażąco naruszył również przepisy o ustaleniu wartości zamówienia. Zwracając się o wstępne przedstawienie proponowanych ofert cenowych do Protestującego uzyskał rzetelną rynkową wycenę usługi, co do której (jak wynika z korespondencji do Zamawiającego) Protestujący byłby skłonny w konkurencyjnym postępowaniu zaproponować rozwiązania bardziej korzystne. Niestety porównanie tej rzetelnej wyceny z innymi rażąco nisko skalkulowanymi wartościami doprowadziło do zaproszenia do postępowania wyłącznie tych wykonawców, którzy poprzez taki udział w przygotowaniu postępowania przekonali Zamawiającego o celowości zaproszenia do postępowania wyłącznie ich.
3. Ustalenie wartości zamówienia wyłącznie w oparciu o wyceny przedstawione przez wykonawców, którzy podając wartości służące do tego ustalenia, czynią to ze świadomością, iż od tego zależy, czy zostaną zaproszeni do udziału w postępowaniu, nie ma nic wspólnego z wymaganą art. 32 ust 2 należyłą starannością, której niezbędnym elementem jest obiektywizm ocen i wyników.
4. W złożonym do Protestującego dwukrotnie zapytaniu w procesie ustalania wartości zamówienia Zamawiający wskazywał liczbę projektów objętych usługą stanowiącą materię zamówienia wynoszącą kilkaset (w ostatnim zapytaniu 220 projektów) podzielonych na 3 części. Przy udzieleniu zamówienia, jak wynika z protokołu, we wszystkich tych trzech częściach łącznie udzielono zamówienia na 28 projektów. Zamówienie zostało więc podzielone na części, a jego wartość tym samym obliczona bez uwzględnienia art. 32 ust. 4 ustawy, prowadząc do zastosowania przepisów nie podlegających normom dyrektyw. Dodatkowo przy skali zamówienia wynoszącej ponad 200 postępowań do oceny, stopień skomplikowania i logistycznych trudności spowodowanych krótkim (narzuconym) czasem wykonania zamówienia zdecydowanie różnicuje koszty jednostkowe od takich

kosztów w postępowaniu, które obejmuje jedynie 28 projektów. Rzetelność ustalenia wartości zamówienia jest więc niezachowana. Wartość ta powinna uwzględniać wszelkie okoliczności które mogą mieć wpływ na wysokość wynagrodzenia, a nie opierać się na rażąco niskich wycenach, prowadząc w konsekwencji do jej ustalenia poniżej kwot wynikających z dyrektyw i nie zastosowania prawidłowo przepisów o zamówieniach publicznych określonych w ustawie.

Do postępowania toczącego się w wyniku protestu przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy:

1. Domański Zakrzewski Palinka sp.k.
2. Instytut Zamówień Publicznych Audyt i Doradztwo Sp. z o.o.

Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego odrzucenie.

W uzasadnieniu Zamawiający podniósł, że zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy środki ochrony prawnej przysługują podmiotom uprawnionym do ich wnoszenia, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Wskazał, że zarówno w doktrynie prawa zamówień publicznych, jak. również w orzecznictwie utrzymuje się pogląd, iż wykonawca wnoszący protest winien w sposób należyty wykazać istnienie interesu prawnego, a ów interes prawny nie może dotyczyć przyszłego zamówienia, choćby miało ono obejmować ten sam przedmiot zamówienia. Interes prawny musi być bowiem rozpatrywany przez pryzmat postępowania toczącego się obecnie, a nie ewentualnego przyszłego zamówienia. Na potwierdzenie tego poglądu przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2008 r. (Sygn. akt KIO/UZP-46/07) oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2008 r. (Sygn. akt KTO/UZP-242/08).

W ocenie Zamawiającego, Protestujący nie wykazał istnienia interesu prawnego w złożeniu protestu. Zamawiający nie może bowiem uznać, że wymóg wykazania interesu prawnego został spełniony poprzez sformułowanie zawarte w treści protestu, iż naruszenie (w opinii Protestującego) przywołanych przez niego przepisów ustawy, w sposób bezpośredni wpływa na sferę praw Protestującego. Protestujący nie wykazał także, iż działanie Zamawiającego pozbawiło Protestującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a możliwość uzyskania przez Protestującego przyszłego zamówienia, pod warunkiem unieważnienia toczącego się postępowania, jest niewystarczające by uznać, że interes prawny Protestującego został należycie wykazany.

Dodatkowo Zamawiający odniósł się do stawianych mu zarzutów, wskazując, że Zamawiający, ze względu na przedmiot zamówienia, miał możliwość swobodnego wyboru trybu postępowania. Podstawę prawną wyboru trybu zamówieniu z wolnej ręki daje przepis art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy, który

mówi, że w postępowaniach, których przedmiotem są usługi prawnicze, zamawiający może zastosować dowolny tryb postępowania, bez stosowania w przypadku trybu z wolnej ręki przesłanek wyboru trybu.

W ocenie Zamawiającego miał on również możliwość zaproszenia do negocjacji w trybie z wolnej ręki wykonawcy (wykonawców) wybranego po przeprowadzeniu rozeznania rynku właściwego dla przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego bezzasadny jest również i niczym nie udowodniony zarzut połączenia dwóch usług w celu obejścia przepisów ustawy. Przedmiotem zamówienia jest przeprowadzenie kontroli postępowań o udzielenie zamówień publicznych w projektach realizowanych w ramach Sektorowego Programu Operacyjnego Transport (SPOT) w zakresie ich zgodności z przepisami o zamówieniach publicznych, w szczególności z ustawą Prawo zamówień publicznych. Bezsprzecznie chodzi tu o kontrolę stosowania prawa przy udzielaniu zamówień publicznych.

Zamówienie obejmuje co prawda wykonanie zarówno usług prawniczych, jak też usług o charakterze nadzoru i kontroli, jednakże zamówienie ma charakter jednorodny i niepodzielny, tj. dla prawidłowej realizacji zamówienia niezbędne jest wykonywanie przez zespół kontrolujący wszelkich czynności (prawniczych, analitycznych, kontrolnych itp.). Ewentualne oddzielenie usługi kontroli i nadzoru od usługi prawniczej, nie zagwarantowałyby celu, który przyświecał Zamawiającemu, tj. rzetelnej kontroli postępowań o udzielenie zamówień publicznych w projektach realizowanych w ramach SPOT oraz sporządzenia informacji, która może stanowić podstawę do nałożenia korekt finansowych na beneficjenta SPOT.

Ponadto stwierdził, że z oszacowania wartości zamówienia wynika, że wartość usług prawniczych stanowi w przedmiotowym zamówieniu ponad 50% udział. Dlatego też, zgodnie z art. 5 ust. 2 ustawy, prowadząc postępowanie, zastosował przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia (usługi prawnicze), którego wartościowy udział w zamówieniu jest największy.

Jako niezrozumiały ocenił Zamawiający zarzut błędnego oszacowania wartości zamówienia i celowe zaniżenie go "poniżej progów". Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 500.000 zł (bez podatku VAT, co daje równowartość 128 962,36 euro. Prawidłowość szacunków Zamawiającego i umiejscowienie wartości zamówienia "poniżej progu" została zweryfikowana m.in. poprzez ceny realizacji poszczególnych części zamówienia wynegocjowane z wykonawcami. Wartość zamówienia według wynegocjowanych cen wynosi 411.300 zł (bez podatku VAT), tj. poniżej wartości oszacowanej przed wszczęciem postępowania.

Wobec prawidłowego zastosowania przy udzielaniu niniejszego zamówienia trybu z wolnej ręki, Zamawiający uznał pozostałe zarzuty Protestującego, w szczególności zarzut dotyczący niezastosowania trybu przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, zaniechania obowiązku publikacyjnego, zachowania uczciwej konkurencji również za bezzasadne.

Skład orzekający Izby uznał, że z wydruków korespondencji e-mailowej, które Odwołujący przedłożył na posiedzeniu wynika, że:

1. 22.04.2008r. Zamawiający i Odwołujący porozumiewali się sprawie postępowania polegającego na badaniu wpływu procedury udzielania zamówień publicznych na realizację projektów w ramach Sektorowego Programu Operacyjnego Transport (SPOT),
2. 01.09.2008r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu, w odpowiedzi na prośbę Zamawiającego, ofertę na usługę polegającą na sprawdzeniu prawidłowości udzielania zamówień publicznych na realizację projektów w ramach SPOT, w której wycenił wszystkie 3 części zamówienia na: część I – 518 000 zł, część II – 364 500 zł, część III – 399 000 zł, łącznie 1 281 500 zł. Odwołujący przyjął dla części I i III średnio 3 500 zł za kontrolę pojedynczego postępowania, zaś dla części II – 4 500 zł,
3. 05.09.2008r. Odwołujący, na zapytanie Zamawiającego, wyjaśnił, że zaproponowane w ofercie wartości są wartościami brutto,
4. 17.09.2008r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu, w odpowiedzi na prośbę Zamawiającego, ofertę na zmodyfikowany zakres badania prawidłowości udzielania zamówień publicznych na realizację projektów w ramach SPOT, w której wycenił wszystkie 3 części zamówienia, proponując jednocześnie przeprowadzenie badania w dwóch z trzech części lub jednej z nich, pozostawiając wybór w tym zakresie Zamawiającemu oraz wyceniając poszczególne części na: część I – 470 400 zł, część II – 388 800 zł, część III – 201 600 zł, łącznie 1 060 800 zł. Odwołujący przyjął średnio 4 800 zł za kontrolę pojedynczego postępowania. Zgodnie z treścią wiadomości oferta uwzględnia zmiany wynikające z informacji przekazanych przez Zamawiającego podczas „ostatniego spotkania”.

Informacje te pozwalają na dokonanie następujących ustaleń:

1. korespondencja z dnia 22.04.2008r. dotyczy innego postępowania, niż postępowanie, w którym złożono przedmiotowe odwołanie,
2. Odwołujący wycenił w ofercie z dnia 01.09.2008r. łącznie 343 postępowania (148 + 81 + 114 – średnio 3500 zł lub 4500 zł za jedno postępowanie),
3. Odwołujący wycenił w ofercie z dnia 17.09.2008r. łącznie 221 postępowań (98 + 81 + 42 – średnio 4 800 zł za kontrolę pojedynczego postępowania).

Skład orzekający uznał, że Odwołujący, składając w dniu 17.09.2008r. ofertę dotyczącą łącznie 221 postępowań zaakceptował tym samym fakt zmniejszenia zakresu zamówienia.

Z treści zapytania Zamawiającego z dnia 29.08.2008r. (str. 2 pkt Forma oferty, treść w nawiasie) jednoznacznie wynika charakter ofert i cel jakiemu miały służyć, tj. oferty nie mają charakteru wiążącego, miały posłużyć Zamawiającemu do zbadania rynku.

Skład orzekający Izby uznaje prawo każdego zamawiającego do weryfikacji i aktualizacji potrzeb, w tym co do zakresu zamawianych usług.

Fakt, że Zamawiający, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10.04.2008r. (2008/S 70-094733), wszczął przetarg nieograniczony na przeprowadzenie kontroli postępowań o udzielenie zamówień publicznych w projektach realizowanych w ramach SPOT w zakresie większym, niż późniejsze postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki, sam w sobie nie przesądza o tym, że Zamawiający to właśnie zamówienie podzielił, a gdyby przyjąć, że jest to to samo zamówienie, że Zamawiający uczynił to w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Odwołujący tego nie wykazał.

Skład orzekający Izby nie znalazł również podstaw, aby przyjąć, że zmiana liczby postępowań, które miały zostać poddane kontroli, tj. z ponad 300 do ponad 200, została przez Zamawiającego dokonana w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Odwołujący tego nie wykazał.

Obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z art. 32 ust. 1 ustawy, jest ustalenie wartości szacunkowej zamówienia z należytą starannością. Jednocześnie brak jest w przepisach ustawy, czy też przepisach wykonawczych szczegółowych regulacji, które wskazywałyby, jakie działania musi podjąć Zamawiający, czy też jak należy weryfikować dane uzyskane w wyniku tych działań, aby dochować należytej staranności przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia.

W praktyce zamówień publicznych przyjęło się, że podstawą ustalenia wartości szacunkowej zamówienia usług (usług, które nie są usługami powtarzającymi się okresowo) mogą być dane rynkowe, jak i dane z zawartych wcześniej przez Zamawiającego umów.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający posłużył się zarówno rozeznaniem cen rynkowych, jak i danymi z wcześniej zawartych przez siebie umów.

Zapytanie, jak ustalił skład orzekający Izby, o identycznej treści, skierowane w dniu 29.08.2008r. przez Zamawiającego (korespondencja mailowa kierowana przez Panią Kamilę Zalewką) do 23 potencjalnych wykonawców dotyczyło 30 projektów (I część – 12 projektów, II część – 10 projektów, III część – 8 projektów).

Jak wynika z notatki Pana Konrada Łacińskiego z dnia 24.09.2008r. znak: DZT-I-281-11-KŁ/08 odpowiedzi udzieliło 8 wykonawców, którzy zaoferowali ceny o znacznych rozbieżnościach.

Odpowiadając na zapytanie z dnia 29.08.2008r., Odwołujący przesłał Zamawiającemu mailem w dniu 01.09.2008r. ofertę, wyceniając część I na – 518 000 zł, część II na – 364 500 zł, część III na – 399 000 zł. Oferta ta obejmowała wycenę łącznie 343 postępowań (148 + 81 + 114 – licząc wg przyjętych średnich, tj. 3500 zł lub 4500 zł za jedno postępowanie w zależności od części).

W kolejnej ofercie, przesłanej Zamawiającemu mailem w dniu 17.09.2008r., Odwołujący wycenił część I – na 470 400 zł, część II – na 388 800 zł, część III – na 201 600 zł. Oferta ta obejmowała łącznie 221 postępowań (98 + 81 + 42 – licząc wg przyjętej średniej, tj. 4 800 zł za kontrolę pojedynczego postępowania).

Wycena Odwołującego z dnia 17.09.2008r. została uwzględniona, obok wycen 7 innych wykonawców, w załączniku do notatki Pana Konrada Łacińskiego z dnia 24.09.2008r. znak: DZT-I-281-11-KŁ/08, skierowanej do akceptacji do Kierownictwa Departamentu Przygotowania Projektów Indywidualnych.

Wobec braku przepisów, które wskazywałyby sposób weryfikacji danych uzyskanych w wyniku rozeznania rynku, za dopuszczalne przyjąć należy oparcie się przez zamawiających przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia w szczególności zarówno na najniższej, najwyższej, średniej wycenie, jak i na wycenie średniej po odrzuceniu wartości skrajnych.

Skład orzekający Izby jako gołosłowne uznał twierdzenie Odwołującego, zawarte w proteście i odwołaniu, że inne skalkulowane wartości, które Zamawiający wziął pod uwagę były wartościami rażąco niskimi, a jedynie wycena Odwołującego była rzetelna. Potwierdzeniem, że wartości skalkulowane przez Przystępujących były realne, a więc rzetelne jest w ocenie składu orzekającego Izby fakt, na który dodatkowo na rozprawie uwagę zwracał jeden z Przystępujących, tj., że zamówienie zostało ostatecznie udzielone za cenę niższą niż pierwotnie wskazana przez Przystępujących kalkulacja w ramach rozeznania rynku (411 300 zł netto, 501 786 zł brutto).

Ponadto Zamawiający, ustalając wartość szacunkową zamówienia w przedmiotowym zamówieniu, wziął pod uwagę dane z dotychczas zawartych umów, co wynika z notatki służbowej Pana Konrada Ł., skierowanej do akceptacji do Kierownictwa Departamentu Przygotowania Projektów Indywidualnych z dnia 25.09.2008r., gdzie wskazano, że kontrola 217 postępowań wymaga nakładu pracy w wymiarze 113,75 dni (przy 8-godzinnym dniu pracy) – 1 dzień w przypadku postępowań o wartości powyżej 60 000 euro i 0,125 dnia w przypadku postępowań o wartości poniżej 60 000 euro, zaś stawka dzienna, przy uwzględnieniu 30% wzrostu kosztów z tytułu konieczności pracy w godzinach nadliczbowych oraz zaangażowania większości zasobów wykonawcy do realizacji zamówienia, wynosi 4400 zł netto. Przyjęcie takich założeń skutkowało oszacowaniem wartości zamówienia na kwotę 500 500 zł.

W ocenie składu orzekającego Izby fakt, że wyceny wykonawców dotyczyły innej (221 w ofercie Odwołującego z dnia 17.09.2008r.) liczby postępowań, niż liczba postępowań objętych zamówieniem z wolnej ręki (222) nie jest istotny i nie czyni tej metody nieprzydatną, a ewentualne różnice z tego tytułu nie miałyby wpływu na zakwalifikowanie przedmiotowego postępowania jako zamówienia powyżej progu 133 000 euro.

W ocenie składu orzekającego Izby niezasadnym jest przyjęcie, że sam fakt, iż przedmiotem zamówienia jest usługa „o intelektualnym charakterze” uniemożliwił Zamawiającemu przeprowadzenia rozeznania wśród wykonawców takiej usługi co do cen i przyjęcie w celu ustalenia wartości szacunkowej zamówienia danych uzyskanych w ramach takiego rozeznania. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje odmiennych uregulowań dla zamówień „o intelektualnym charakterze”, a negocjowanie szacowania wartości zamówienia na podstawie rozeznania cen rynkowych w istocie w ogóle neguje możliwość wyceny takich usług.

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekającego Izby stwierdził, że brak jest podstaw do uznania, że Zamawiający błędnie oszacował wartość zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Izby argumentacja Zamawiającego zawarta w rozstrzygnięciu protestu odnośnie zgodnego z przepisami ustawy wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, łączenia usług prawniczych z usługami kontroli i nadzoru jest prawidłowa i skład orzekający Izby w pełni argumentację tą podziela.

Konsekwencją powyższych ustaleń w zakresie wartości szacunkowej zamówienia oraz przyjęcia przez skład orzekający Izby stanowiska Zamawiającego za własne, jest

stwierdzenie, że wartość szacunkowa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na przeprowadzenie kontroli postępowań o udzielenie zamówień publicznych w projektach realizowanych w ramach Sektorowego Programu Operacyjnego Transport (SPOT) wynosi 500 000,00 zł, co stanowi równowartość: 128 962,36 euro.

Taką wartość ostatecznie przyjął Zamawiający w pkt. 2 protokołu postępowania ZP - 2 (oznaczenie sprawy: BDG-V-281-105-JZ/2008). Przeliczenia wartości szacunkowej ze złotych polskich na wartość euro dokonano na podstawie średniego kursu złotego w stosunku do euro - 3,8771 - ustalonego w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczenia wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 241, poz. 1763).

Stosownie do treści przepisu art. 184 ust. 1 ustawy odwołanie przysługuje, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawę lub usługi. Zgodnie z tym przepisem możliwość korzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, przysługuje więc wyłącznie w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej wartości progów UE dla dostaw i usług, niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z zamówieniem na dostawę, usługi, czy roboty budowlane. Progi te określone zostały na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 11 ust. 8 ustawy w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 241, poz. 1762).

Zamawiającego - Ministerstwo Rozwoju Regionalnego - jako jednostkę zaliczaną do sektora finansów publicznych - zgodnie z treścią § 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia, dotyczy w tym przypadku kwota dla dostaw i usług w wysokości 133 000 euro.

Uwzględniając powyższe oraz ustaloną przez Zamawiającego wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, mieszczącą się poniżej tego progu (128 962,36 euro), odwołanie należało odrzucić na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 1 w związku z art. 184 ust. 1 ustawy. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy niniejsze odwołanie nie mają bowiem zastosowania przepisy ustawy dotyczące odwołań.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejsze ~~wyrok~~ postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*