

Sygn. akt KIO/UZP 851/09

POSTANOWIENIE
z dnia 21 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Luiza Łamejko

Jolanta Markowska

Protokolant: Łukasz Sierakowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu /-rozprawie w dniu **21 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **BUD - INVENT Sp. z o. o., 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasto Płock, 09 - 400 Płock, Stary Rynek 1** protestu z dnia **1 czerwca 2009 r.**

przy udziale **Grontmij Polska Sp. z o. o., 60-164 Poznań, ul. Ziębicka 35** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **BUD – INVENT Sp. z o.o., 02 - 055 Warszawa, ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111**

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 uiszczanego przez **BUD - INVENT Sp. z o. o., 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111.**
- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;~~
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BUD - INVENT Sp. z o. o., 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111**

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

Zamawiający - Gmina Płock prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług nadzoru inwestorskiego i kontroli rozliczeń robót nad realizacją umowy o roboty budowlane, której przedmiotem jest wykonanie zadania inwestycyjnego pn. „Hala Sportowo -Widowiskowa przy Placu Celebry w Płocku”

Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 1 754 149, 84 zł, co stanowi 452 438,64 euro.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 marca 2009 roku, pod poz. 2009/ S 56 -081199.

W dniu 1 czerwca 2009 roku Odwołujący - Bud Invent Sp. z o.o., złożył protest na czynności polegające na:

1. przeprowadzeniu postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu,

2. rozstrzygnięciu protestu,
3. powtórny badania i oceny ofert,
4. wezwaniu do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełnienia warunków w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że w dniu 25 maja 2009 roku otrzymał od Zamawiającego zawiadomienie o złożeniu protestu przez Grontmij Polska Sp. z o.o. W dniu 26 maja 2009 roku Zamawiający zawiadomił, że w wyniku uwzględnienia protestu dokonuje: unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Pismo zawierało również wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że jego prawo do udziału w postępowaniu protestacyjnym wywołanym wniesieniem protestu przez Grontmij Polska Sp. z o.o. zostało naruszone, bowiem wezwanie zostało doręczone w dniu 25 maja zaś rozstrzygnięcie protestu w dniu kolejnym, co w ocenie Odwołującego uczyniło niemożliwym przystąpienie do protestu.

Odwołujący wskazał, że protest złożony przez Grontmij Sp. z o.o. winien zostać oddalony podnosząc, że warunki udziału w postępowaniu winny być interpretowane w sposób literalny i należy je odróżnić od dokumentów składanych celem ich potwierdzenia. Odnosząc się do zarzutów dotyczących doświadczenia zawodowego, Odwołujący wskazał, że:

1. warunki udziału w postępowaniu nie dotyczyły budow zakończonych, czy też obiektów co do których wydano pozwolenie na użytkowanie.
2. kubatura 120 000 m³ dotyczy stanu po zakończeniu robót budowlanych
3. wymóg dotyczący doświadczenia ma charakter alternatywny – wystarczy jedna usługa dotycząca hali sportowej o kubaturze co najmniej 120 000 m³ lub dwie usługi dotyczące budynku o kubaturze co najmniej 80 000 m³ każdy i wartości minimum 40 000 000 zł każdy.

Odwołujący wyjaśnił, że budowa stanu surowego hali wielofunkcyjnej w Łodzi przy al. Unii Lubelskiej stanowiła odrębne zadanie inwestycyjne a w postanowieniach siwz pojęcie „budowy” nie zostało bliżej sprecyzowane, nie podano, że „budowa” nie może stanowić tylko jednego z etapów inwestycji, czy że musi się zakończyć uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie.

Dokument referencji nie musi wprost zawierać sformułowania, że usługi zostały wykonane należycie. Nazwa pisma „referencje”, „list referencyjny” stanowią pozytywne określenie a wskazanie, że usługa została wykonana stanowią wyrażenie pozytywnej reakcji.

W odniesieniu do zarzutu, że w ofercie brak pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, wymaganego na podstawie rozdziału VI pkt 1 ppkt 8 siwz, Odwołujący wskazał, że w załączniku nr 3 do siwz, podano, że obowiązek ten dotyczy jedynie przypadku, gdy wykonawca w momencie składania oferty nie dysponuje ale będzie dysponował osobą w momencie przystąpienia do realizacji zamówienia, a taka okoliczność nie zaistniała w ofercie Odwołującego.

W odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji inspektora nadzoru robót elektrycznych – pana Marka Milewskiego – Odwołujący wyjaśnił, że w toku rekrutacji przeprowadzonej przez Leszka Pietrzaka omyłkowo wskazano kandydaturę Marka Milewskiego, pomijając okoliczność, że osoba ta jest etatowym pracownikiem Urzędu Miasta Płocka, zatrudnionym na stanowisku urzędniczym. Na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący jest gotów uzupełnić wykaz osób i przedstawić na stanowisko inspektora robót elektrycznych pana Roberta Dymka, posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

Odwołujący wniósł w dniu 22 czerwca 2009 roku odwołanie od braku rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, w którym podtrzymał zarzuty i argumentację zawartą w proteście i wniósł o:

1. odstąpienie od czynności uwzględnienia protestu, o którym mowa w piśmie zawierającym wezwanie nas do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełniania warunków w postępowaniu;
2. powtórzenie czynności przeprowadzenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu;
3. umożliwienie przystąpienia do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu z zachowaniem ustawowego terminu 3 dni od dnia otrzymania wezwania;
4. odstąpienie od czynności powtórnego badania i oceny ofert oraz od czynności powtórnego wyboru najkorzystniejszej oferty, do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu;
5. odstąpienie od czynności wezwania nas do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełniania warunków w postępowaniu do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu;
6. oddalenie przez Zamawiającego protestu, o którym, mowa w piśmie zawierającym wezwanie nas do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełniania warunków w postępowaniu;

Skład orzekający Izby na posiedzeniu niejawnym z udziałem właściwie umocowanych pełnomocników stron, przeprowadził dowody z dokumentacji akt sprawy, rozważył stanowiska pełnomocników stron złożone do protokołu posiedzenia, ustalił co następuje:

W dniu 15 maja 2009 roku Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Bud – Invent Sp. z o.o.

Czynność ta stała się przedmiotem protestu wniesionego w dniu 25 maja 2009 roku (pismo z dnia 22 maja 2009 roku) przez Wykonawcę - Grontmij Polska Sp. z o.o. Protestujący zarzucił zaniechanie odrzucenia oferty Bud - Invent oraz wykluczenia tego Wykonawcy z udziału w postępowaniu, wskazując na niespełnienie przez niego wymogów w zakresie doświadczenia zawodowego oraz podnosząc brak wykazania dysponowania osobami posiadającymi odpowiednie kwalifikacje.

Pismem z dnia 25 maja 2009 roku, które zostało doręczone Odwołującemu tego samego dnia, Zamawiający w oparciu o art. 181 ust. 3 ustawy pzp, zawiadomił o złożeniu protestu i poinformował o treści art. 181 ust. 4 pkt 1 ustawy pzp. Odwołujący potwierdził, że wraz z zawiadomieniem z dnia 25 maja 2009 roku otrzymał treść protestu.

W dniu 26 maja 2009 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu informację, że w wyniku wniesionego w dniu 25 maja 2009 roku protestu dokonuje:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Jednocześnie, w tym samym piśmie, Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie treści złożonej oferty w zakresie potencjału kadrowego, wskazując, że z informacji uzyskanych przez Zamawiającego wynika, że Pan Marek Milewski – osoba mająca pełnić funkcję inspektora nadzoru robót elektrycznych jest pracownikiem Urzędu Miasta Płock.

Odwołujący pismem z dnia 28 maja 2009 roku złożył stosowne wyjaśnienia w tej kwestii, podnosząc, że osoba przeprowadzająca rekrutację omyłkowo wskazała pana Marka Milewskiego na stanowisko inspektora nadzoru robót elektrycznych. Odwołujący zadeklarował, że po otrzymaniu stosownego wezwania jest gotów uzupełnić spełnienie warunków w zakresie potencjału kadrowego.

W dniu 1 czerwca 2009 roku Odwołujący wniósł protest na czynności:

1. przeprowadzeniu postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu,
2. rozstrzygnięcia protestu,
3. powtórnego badania i oceny ofert,
4. wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełnienia warunków w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli odwołanie wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3 pzp, dotyczy czynności, które Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Zarzuty i argumentacja podniesiona w treści protestu i odwołania dotyczą w istocie stanowiska Odwołującego w zakresie zarzutów podniesionych w proteście z dnia 22 maja 2009 roku, wniesionego przez Grontmij Polska Sp. z o.o., w którym wskazano na brak doświadczenia zawodowego oraz dysponowania osobami posiadającymi odpowiednie kwalifikacje.

Izba uznała, że skoro Odwołujący potwierdził, że został w dniu 25 maja 2009 roku skutecznie wezwany do udziału w postępowaniu protestacyjnym wywołanym wniesieniem protestu przez Grontmij Polska Sp. z o.o., nie zgłaszając swojego przystąpienia do postępowania protestacyjnego dotyczącego zarzutów przeciw jego ofercie, tym samym utracił możliwość obrony swojej oferty w zakresie podniesionych przez Protestującego zarzutów.

Odwołujący, działający z należytą starannością winien, w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania do udziału w postępowaniu protestacyjnym dotyczącym zarzutów zgłoszonych pod adresem jego oferty, zgłosić swój udział w postępowaniu. Jedynie po uzyskaniu statusu uczestnika postępowania mógłby, w przypadku niezadowolającego go rozstrzygnięcia protestu, skutecznie korzystać z dalszych środków ochrony prawnej, wnosząc bezpośrednio odwołanie od rozstrzygnięcia protestu Grontmij Polska Sp. z o.o.

Izba wskazuje, że bez znaczenia dla oceny stanu faktycznego i stwierdzenia braku przystąpienia do postępowania protestacyjnego jest okoliczność rozstrzygnięcia protestu w dniu 26 maja 2009 roku tj. w dniu następującym po jego wpływie i jednocześnie przed upływem 3 - dniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania wywołanego wniesieniem tego protestu. Termin rozstrzygnięcia protestu, określony w art. 183 ust. 1 ustawy pzp jest terminem niezależnym od terminu przewidzianego w art. 181 ust. 4 pkt 1

ustawy pzp przewidzianego na zgłoszenie przystąpienia do postępowania protestacyjnego. Termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania protestacyjnego jest terminem zawitym (prekluzyjnym), którego upływ spowodował utratę przysługującego Odwołującemu prawa do skutecznej obrony swojej oferty. Braku skutecznego przystąpienia do protestu nie można usprawiedliwiać przekazaniem informacji o rozstrzygnięciu protestu jeszcze przed upływem terminu na zgłoszenie tego przystąpienia. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że rozstrzygnięcie protestu czyniło bezzasadnym i zbędnym zgłoszenie przystąpienia do protestu. Celem instytucji przystąpienia do protestu jest koncentracja środków ochrony prawnej i zapewnienie sobie prawa do skutecznego skorzystania z dalszych środków ochrony prawnej w postaci odwołania.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, protest Odwołującego z dnia 1 czerwca 2009 roku dotyczy w istocie czynności, które Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu Grontmij Polska Sp. z .o.o. W konsekwencji braku zgłoszenia przystąpienia do postępowania protestacyjnego, Odwołujący nie stał się uczestnikiem postępowania protestacyjnego i nie może aktualnie skutecznie podnosić argumentacji w celu obrony swojej oferty.

Stanowisko Izby znajduje swoje oparcie zarówno w doktrynie jak i dotychczasowym orzecznictwie.

Ustawodawca poprzez wprowadzenie do przepisów ustawy instytucji przystąpienia do protestu wprowadził tym samym zasadę koncentracji środków ochrony prawnej w postępowaniu, uniemożliwiającą wykonawcom przedłużania procedury udzielania zamówienia publicznego.

Należy zgodzić się także z tezą zawartą w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 roku (Sygn. akt V Ca 2056/07), że „wykonawca ma bowiem ponadto obowiązek działania z należytą starannością jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej przewidziana w art. 183 Pzp a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym”.

Za przyjęciem tej interpretacji przemawia również zasada szybkości i efektywności procedur odwoławczych ustanowiona w art. 1 dyrektywy Rady WE z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawę i roboty budowlane 89/665/EWG oraz dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, co wprost wynika z punktu 34 preambuły i art. 1 aktu zmieniającego.

Wobec odrzucenia odwołania, Izba nie rozpoznała merytorycznie zgłoszonych zarzutów.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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 Płocku.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....