

POSTANOWENIE
z dnia 15 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Renata Tubisz
Barbara Bettman

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie* w dniu /w dniach* 15 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum Vialis Polska Sp z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Tatrzńska 8 i Vialis Traffic B.V. z siedzibą w Haarlem, Oudeweg 115 w Holandii** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Dolnośląskie – Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28** protestu /protestów* z dnia 8 grudnia 2008 r.

przy udziale **Drogowych Systemów Automatyki Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Bystrzycka 24** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum Vialis Polska Sp z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Tatrzńska 8 i Vialis Traffic B.V. z siedzibą w Haarlem, Oudeweg 115 w Holandii i nakazuje:

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574.00zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum Vialis Polska Sp z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Tatrzńska 8 i Vialis Traffic B.V. z siedzibą w Haarlem, Oudeweg 115 w Holandii**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika
 - 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 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 **Konsorcjum Vialis Polska Sp z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Tatrzńska 8 i Vialis Traffic B.V. z siedzibą w Haarlem, Oudeweg 115 w Holandii**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wymianę sterowników sygnalizacji ulicznej oraz dostosowanie ich do nowych uregulowań prawnych na drogach wojewódzkich województwa dolnośląskiego w ilości 23 szt. wg podanej lokalizacji wszczął Zamawiający – Województwo Dolnośląskie – Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 298229-2008 w dniu 4 listopada 2008r.

Zamawiający zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity Dz. U.z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm., dalej ustawy) w dniu 1 grudnia 2008r. zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Drogowe Systemy Automatyki Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Bystrzycka 24 – Wykonawca wybrany, która w jedynym kryterium najniższej ceny otrzymała najwyższą liczbę punktów. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Konsorcjum Vialis Polska Sp z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Tatrzńska 8 i Vialis Traffic

B.V. z siedzibą w Haarlem, Oudeweg 115 w Holandii, zwany dalej Odwołującym, z łączną oceną 358,72 pkt.

W dniu 8 grudnia 2008r. Odwołujący uznał, że Zamawiający nieprawidłowo dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzucił mu naruszenie art. 89 ust. 1 i art. 24 ustawy oraz wniósł o dokonanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy wybranego, a ewentualnie o dokonanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego oraz powtórzenie czynności wyboru ofert i pisemne potwierdzenie otrzymania treści

przedmiotowego protestu. Odwołujący wskazał, że ma interes prawny we wniesieniu protestu, gdyż złożył ofertę w postępowaniu i chce zawrzeć umowę o wykonanie zamówienia oraz wykonać to zamówienie, a wykonawca wybrany nie złożył wymaganych referencji i nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia – siwz, więc w przypadku wykluczenia Wykonawcy wybranego z postępowania i odrzucenia jego oferty, oferta Odwołującego będzie oferta najkorzystniejszą i powinna być wybrana przez Zamawiającego w toku powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Ponadto zawarcie umowy z Wykonawcą wybranym, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu groziłoby Zamawiającemu nieważnością tej umowy.

W dniu 8 grudnia 2008r. Zamawiający poinformował wykonawców o wpłynięciu protestu i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu.

W dniu 11 grudnia 2008r. do postępowania protestacyjnego przystąpił Wykonawca wybrany wnosząc o oddalenie protestu i niezwłoczne potwierdzenie otrzymania treści przystąpienia. Wskazał na swój interes prawny w przystąpieniu, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 18 grudnia 2008r. Zamawiający rozstrzygnął protest i w całości go oddalił.

W dniu 23 grudnia 2008r. Odwołujący wniósł odwołanie podtrzymując podniesione w proteście zarzuty i argumentację oraz wnosząc o nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego w postaci wyboru oferty Wykonawcy wybranego, ewentualnie nakazanie wykonania Zamawiającemu wykluczenia Wykonawcy wybranego lub odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego lub powtórzenia czynności oceny ofert. Odwołujący ponowił argumentację protestu przemawiającą za posiadaniem przez interesu prawnego także na etapie wniesienia odwołania. Odwołujący wskazał ponadto, że odwołanie jest dopuszczalne, bo protest dotyczył w szczególności wykluczenia Wykonawcy wybranego z postępowania ewentualnie odrzucenia jego oferty i z tego względu odwołanie przysługuje.

W dniu 23 grudnia 2008r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wpłynięciu odwołania i wezwał ich do udziału w postępowaniu odwoławczym. W dniu 29 grudnia 2008r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Wykonawca wybrany wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując na swój interes prawny, gdyż jego oferta jest oferta najkorzystniejszą w postępowaniu, a zgłosił swój udział w postępowaniu protestacyjnym poprzez przystąpienie. Przystąpienie zostało podpisane przez dwóch członków Zarządu zgodnie z odpisem z KRS.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Wartość szacunkowa zamówienia zgodnie z drukiem ZP-1 wynosi 720 563, 09zł. netto, co stanowi równowartość 185 581,05 euro.

Przedmiotem postępowania są roboty budowlane.

Izba dopuściła dowód z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz protokołu postępowania wraz z załącznikami

Izba wzięła pod uwagę stanowiska stron i ich pełnomocników podniesione w pismach oraz zaprezentowane na posiedzeniu.

Izba zważyła, co następuje:

Do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu ustalonym nowelizacją ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.08.171.1058), gdyż postępowanie zostało wszczęte w dniu 4 listopada 2008r. Ustawa ta weszła w życie w dniu 24 października 2008r. Zatem do odwołania z dnia 8 grudnia 2008r. będą mieć zastosowanie przepisy art. 184 ust. 1 a w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 4 września 2008r., co

oznacza, że odwołanie w postępowaniach na roboty budowlane o wartości mniejszej od równowartości 5 150 000 euro, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego

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

W przedmiotowej sprawie wartość szacunkowa stanowi równowartość 185 581,05 euro. Odwołanie zatem w tym przypadku nie służy na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jak również na zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę ani na odrzucenie oferty uznanej za najkorzystniejszą. Stosowne w tym przedmiocie pouczenie zawarł Zamawiający w rozdziale XVII siwz oraz w rozstrzygnięciu protestu. Odwołujący natomiast w odwołaniu sformułował zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy – art. 89 ust. 1 i art. 24 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechanie wykluczenia Wykonawcy wybranego lub odrzucenia jego oferty. Izba wskazuje, że ustawodawca na gruncie ustawy w ramach środków ochrony prawnej nie stosuje się do cywilistycznego ujęcia czynności prawnych, a więc pod pojęciem czynności nie obejmuje zaniechań Zamawiającego, czyniąc z nich odrębną kategorię zachowań Zamawiającego mających znaczenie prawne. Za taką wykładnią przemawia treść art. 180 ust. 1 ustawy wskazujący, że protest przysługuje m. in. wobec czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu lub konkursie oraz w przypadku zaniechania przez

zamawiającego czynności. Dlatego ustawodawca stanowiąc o prawie do odwołania w ramach postępowań poniżej progów unijnych, umożliwił wykonawcom składanie odwołań tylko w związku z czynnościami, które dotyczą ich bezpośrednio (art. 184 ust. 1 a pkt 3 ustawy) lub ich ofert (art. 184 ust. 1 a pkt 4 ustawy). Wskazuje na to wprost brzmienie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy nakazując Izbie odrzucenie odwołania, gdy dotyczy ono innych czynności (a więc nie zaniechań dokonania czynności) niż wymienione w art. 184 ust. 1 a ustawy. Z tych względów Izba nie mogła także uznać dopuszczalności odwołania uznając, że zarzut Odwołującego dotyczył zaniechania wykluczenia wykonawcy wybranego, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty. Izba nie mogła podzielić argumentacji Odwołującego przedstawionej na posiedzeniu, gdyż zastosowanie wykładni literalnej w oderwaniu od wykładni systemowej przepisów Działu VI ustawy prowadziłoby do wewnętrznej sprzeczności przepisów i nie pozwalało na nadanie im sensownej treści.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy. Izba nie uznała za uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu dojazdu i diet, gdyż Zamawiający do swojego wniosku nie dołączył żadnych dowodów poniesienia tych kosztów, a Izba uprawniona jest przyznać koszty wyłącznie na podstawie przedłożonego rachunku stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 128 poz. 886)

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy na niniejsze wyrok /postanowienie* -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....