

Sygn. akt KIO/UZP 1375 /08

POSTANOWIENIE
z dnia 9 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Andrzej Niwicki
Barbara Bettman

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **9 grudnia 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **TUXBEL Lärmschutzsysteme Sp. z o.o. Al. Solidarności 46, 61-696 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań** protestu z dnia **3 listopada 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **TUXBEL Lärmschutzsysteme Sp. z o.o. AI. Solidarności 46, 61-696 Poznań** 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 **TUXBEL Lärmschutzsysteme Sp. z o.o. AI. Solidarności 46, 61-696 Poznań**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **1 500 zł 00 gr** (słownie: tysiąc pięćset złotych zero groszy) przez **TUXBEL Lärmschutzsysteme Sp. z o.o. AI. Solidarności 46, 61-696 Poznań** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu 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 **5 936 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TUXBEL Lärmschutzsysteme Sp. z o.o. AI. Solidarności 46, 61-696 Poznań**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie projektu budowlanego i dobudowy ekranów akustycznych, montażu barier sprężystych przy ekranach w ciągu autostrady A2 na odcinku Konin- Koło w km 271+000 -285+000.

Ogłoszenie o postępowaniu ukazało się w dniu 12 września 2008 roku pod nr 216223.

W dniu 15.10.2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez **TUXBEL Lärmschutzsysteme Sp. z o.o.** (dalej **TUXBEL**).

Na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej protest złożyła w dniu 22.10.2008 roku EKONOVA Sp. z o.o. (dalej Ekonova), do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez spółkę EKONOVA przystąpił TUXBEL, domagając się oddalenia protestu.

Zamawiający w dniu 29.10.2008 roku protest uwzględnił i unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy.

W dniu 3.11.2008 roku Tuxbel wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Jednocześnie pismem z dnia 3.11.2008 roku, przekazanym w dniu 5.11.2008 roku Zamawiającemu Tuxbel wniósł protest, w którym wskazał na identyczne zarzuty jak w treści odwołania tj. naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przejawiające się niezasadnym unieważnieniem czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a także odrzuceniem oferty TUXBEL choć oferta tej spółki spełniała wszystkie kryteria przedstawione w SIWZ oraz zgodnie z kryteriami oceny była ofertą najkorzystniejszą,
2. art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 25 ust. 1 i 2 oraz art. 26 ust. 1 i 2 ustawy, przejawiające się zaniechaniem wyjaśnienia kwestii udokumentowania przez Odwołującego wykonania zamówień zbliżonych do wskazanego postanowieniami SIWZ,
3. art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 7 ustawy, przejawiające się przedwczesnym i bezpodstawnym unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w ustawowym terminie. W dniu 20.11.2008 roku Tuxbel wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując argumentację zawartą w proteście z dnia 3 listopada br.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia oraz wyroku z dnia 28 listopada 2008 roku KIO/UZP/1279/08 a także biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron, złożone na posiedzeniu skład orzekający Izby zważył:

W związku z tym, że protest w rozpatrywanej sprawie został złożony w dniu 5.11.2008 r., tj. po dacie wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, skład orzekający podjął rozstrzygnięcie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy w oparciu aktualnie obowiązujący stan prawny.

Skład orzekający uznał, że odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 187 ust. 4 pkt 5 oraz 187 ust. 4 pkt 8 ustawy.

W trakcie posiedzenia ustalono, że w wyroku z dnia 28 listopada 2008 roku KIO/UZP/1279/08 skład orzekający Izby uwzględnił zarzuty Odwołującego polegające na niezasadnym wykluczeniu Odwołującego, odrzuceniu jego oferty, Izba „uznała za celowe nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, aby zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy”.

Ponieważ w rozpatrywanym odwołaniu Odwołujący powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w wyroku z dnia 28 listopada 2008 roku KIO/UZP/1279/08 wniesionym przez tego samego Odwołującego się w tym samym postępowaniu, to niewątpliwie zachodzi w stosunku do rozpatrzonych przez Izbę zarzutów res iudicta, co skutkuje pozostawieniem ich bez rozpoznania zgodnie z treścią art. 187 ust. 4 pkt 5 ustawy.

Nie zasługuje na uznanie argumentacja Odwołującego, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 jest zarzutem nowym, a zatem powinien być przedmiotem rozstrzygnięcia merytorycznego w przedmiotowym postępowaniu. Istotnie w rozstrzygnięciu protestu, złożonego przez Ekonova Sp.zo.o. z dnia 28 października 2008 roku Zamawiający, wskazując na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy podał błędną podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego, niemniej jednak z treści uzasadnienia wynika, że podstawą decyzji Zamawiającego był brak wykazania wymaganego doświadczenia. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 listopada 2008 roku, wskazała, że okoliczność iż Zamawiający, rozpatrując doświadczenie Odwołującego w efekcie odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, podczas gdy Ekonova prawidłowo, jako podstawę wykluczenia wskazała art. 24 ust.1 pkt 10 ustawy, pozostaje bez związku z podanym uzasadnieniem, odnoszącym się do braku doświadczenia. (strona 10 wyroku z dnia 28 listopada 2008 roku, Sygn. akt KIO/ UZP/1279/08) .

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, co do którego Izba w dniu 28.11.2008 roku, stwierdziła, że „konsekwencją przyjęcia przez skład orzekający Izby, że unieważnienie postępowania w rozstrzygnięciu protestu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy było w niniejszym postępowaniu nową czynnością zamawiającego, od której nie przysługuje prawo złożenia odwołania lecz odrębnie najpierw protestu, a następnie odwołanie, jest pozostawienie bez rozpoznania zarzutu odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego wskazanego przepisu”. W zakresie naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, skład orzekający Izby zważył, że:

Przedmiotem rozpatrywanego zamówienia publicznego są roboty budowlane, których wartość, zgodnie z protokołem ZP-2 i wyjaśnieniami Zamawiającego wynosi 9 510 000 zł co

zgodnie ze średnim kursem wynoszącym 3,8771, obowiązującym na podstawie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. z dnia 27 grudnia 2007 r. Nr 241, poz. 1763) stanowi 2 452 864,25 euro, zatem nie przekracza równowartości 5 150 00 euro, Zgodnie z treścią art. 184 ust. 1a ustawy, który znajduje zastosowanie do rozpoznania przedmiotowego odwołania, odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przysługuje w przypadku postępowań o wartości mniejszej niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisy sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty.

Biorąc pod uwagę, że wartość zamówienia, będącego robotą budowlaną jest mniejsza niż kwota określona w § 1 ust. 1 b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 grudnia 2007 roku w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. nr 241, poz. 1762) oraz fakt, że zarzut Odwołującego sprowadza się do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy tj. dotyczy unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne, a zatem odnosi się do innych niż wymienione w art. 184 ust. 1 a ustawy czynności, zachodzi przesłanka określona w art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy, skutkująca odrzuceniem odwołania.

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, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 1 500,00 zł stosownie do nakładów pracy, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. 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 ze zmianami).

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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....