

Sygn. akt: KIO/UZP 522/08

WYROK

z dnia 11 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Tarnowskich Górach (Lider Konsorcjum i Pełnomocnik), ONYX-SERVICE Sp. z o.o. z Trzebini i Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Będzinie z siedzibą dla Lidera Konsorcjum i Pełnomocnika: ul. Opolska 51, 42-600 Tarnowskie Góry** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21, 41-300 Dąbrowa Górnicza** protestu z dnia 13 maja 2008 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Tarnowskich Górach (Lider Konsorcjum i Pełnomocnik), ONYX-SERVICE Sp. z o.o. z Trzebini i Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Będzinie z siedzibą dla Lidera Konsorcjum i Pełnomocnika: ul. Opolska 51, 42-600 Tarnowskie Góry 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 uiszczanego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Tarnowskich Górach (Lider Konsorcjum i Pełnomocnik), ONYX-SERVICE Sp. z o.o. z Trzebini i Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Będzinie z siedzibą dla Lidera Konsorcjum i Pełnomocnika: ul. Opolska 51, 42-600 Tarnowskie Góry;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX 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 **Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Tarnowskich Górach (Lider Konsorcjum i Pełnomocnik), ONYX-SERVICE Sp. z o.o. z Trzebini i Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Będzinie z siedzibą dla Lidera Konsorcjum i Pełnomocnika: ul. Opolska 51, 42-600 Tarnowskie Góry.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Eksploatację i bieżące utrzymanie sieci kanalizacji deszczowej i ogólnospławnej na terenie gminy Dąbrowa Górnicza”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Tarnowskich Górach (Lider Konsorcjum i Pełnomocnik), ONYX-SERVICE Sp. z o.o. z Trzebini i Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Będzinie z siedzibą dla Lidera Konsorcjum i Pełnomocnika: ul. Opolska 51, 42-600 Tarnowskie Góry, zwanych dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 5 lutego 2008 r. (nr ogłoszenia 2008/S 24-031726). Postępowanie to prowadzi Gmina Dąbrowa Górnicza, zwana dalej: „*Zamawiającym*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „*ustawą*”.

Zamawiający w piśmie z dnia 6 maja 2008 r. (doręczenie Odwołującemu w dniu 7 maja 2008 r.) poinformował wykonawców składających oferty w postępowaniu o unieważnieniu przedmiotowego postępowania z uwagi na to, że obarczone jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy). Swoją decyzję Zamawiający uzasadnił tym, iż żądanie przez niego w postępowaniu wadium w kwocie przekraczającej o 54 000 zł wysokość określoną przepisem art. 45 ust. 4 ustawy. Zamawiający – tak bowiem w treści ogłoszenia o zamówieniu (sekcja II pkt 11.1), jak i w postanowieniach SIWZ (pkt 11.1 SIWZ) - zażądał wadium w wysokości 300 000 zł przy określonej wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia: 8 200 000 zł. Zamawiający uznał, że powyższe świadczy o rażącym naruszeniu przez niego przepisów ustawy, co w świetle art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy skutkowałoby podpisaniem umowy nieważnej z mocy prawa. Zamawiający wskazał również, że swoim postępowaniem naruszył zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ustawy), bowiem znaczne – w jego ocenie – zawyżenie wartości wadium mogło zdecydować o niemożności złożenia ofert w postępowaniu przez inne podmioty, niż wykonawcy, którzy to uczynili w niniejszym postępowaniu, a zatem mogło to naruszenie wpłynąć na wybór oferty najkorzystniejszej.

Na tę czynność Zamawiającego Odwołujący w piśmie z dnia 13 maja 2008 r., doręczonym Zamawiającemu z dnia 14 maja 2008 r., złożył protest, podnosząc naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy i art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy oraz art. 7 ust. 1 i 32 ust. 1 i 41 ustawy.

Odwołujący w proteście podniósł, że Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu wskazał jako wartość szacunkową przedmiotu zamówienia (bez VAT) kwotę w wysokości: 8 200 000 zł. Zarówno w ogłoszeniu (sekcja II 2.1.), jak i w specyfikacji istotnych warunków Zamówienia (pkt 11.1 SIWZ) zażądał kwoty wadium w wysokości 300 000 zł, biorąc właśnie pod uwagę ustaloną wartość zamówienia. Odwołujący wskazuje jednak, że czym innym jest wartość zamówienia ustalona po myśli art. 32 ustawy, która stanowi podstawę do obliczenia wysokości wadium, ale czym innym jest wielkość zamówienia, o której stanowi art. 41 pkt 4 ustawy, która to wielkość wskazywana jest w treści ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący wskazał zresztą w tym zakresie na kwotę, jaką Zamawiając podał tuż przed otwarciem ofert, tj. kwotę jaką zamierz przeznaczyć na sfinansowanie niniejszego zamówienia i była to kwota 12 200 000 zł.

Odwołujący w swoim proteście podnosił również, że ta minimalna różnica w wielkości wymaganego wadium (54 000 zł) nie może stanowić o rażącym naruszeniu przepisów prawa, bowiem żaden z wykonawców tej kwestii nie oprotestował na odpowiednim etapie postępowania, dwóch wykonawców złożyło swoje oferty w postępowaniu, które zaopatrzone były wymaganą przez Zamawiającego kwotą wadium, a poza tym ta niewielka różnica

(54 000 zł) nie stanowiłaby na pewno bariery dla wykonawców chcących ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia. Tym samym Odwołujący wskazał, że Zamawiający poprzez określenie kwoty wadium na nieco wyższym poziomie nie naruszył zasad uczciwej konkurencji i na pewno nie dopuścił się rażącego naruszenia przepisów ustawy, skutkującego niemożnością podpisania ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający nie dokonał rozstrzygnięcia przedmiotowego protestu w ustawowym terminie, tym samym – stosownie do treści art. 183 ust. 3 ustawy – należało uznać, że protest został przez Zamawiającego oddalony.

Od braku rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w piśmie z dnia 28 maja 2008 r. złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (w dniu 29 maja 2008 r. odwołanie zostało złożone w placówce pocztowej operatora publicznego). Kopia odwołania w dacie złożenia w placówce pocztowej została doręczona Zamawiającemu.

W treści odwołania Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty i argumentację zawartą w proteście i jednocześnie wniósł o:

- unieważnienie czynności unieważnienia niniejszego postępowania
- dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz
- przyznanie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu oraz treść złożonych w postępowaniu ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 ustawy.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Wykonawca ten, jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu, miał prawo do kwestionowania czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania, ponieważ dzięki temu ma szansę na uzyskanie niniejszego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podnoszony w proteście i odwołaniu zarzut bezzasadnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie potwierdził się.

Bezsporna między stronami postępowania odwoławczego jest kwestia, że wartość szacunkowa zamówienia została określona przez Zamawiającego na kwotę 8 200 000 zł. Stosownie do treści art. 32 ustawy podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite, szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy ustalone przez zamawiającego z należytą starannością bez podatku od towarów i usług. Zamawiający, uwzględniając przepis art. 35 ustawy, powinien dokonać ustalenia tej wartości nie wcześniej niż 3 miesiące (dostawy, usługi) lub 6 miesięcy (roboty budowlane) przed dniem wszczęcia postępowania.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający dokonał oszacowania wartości przedmiotowego zamówienia w dniu 10 stycznia 2008 r. na kwotę 8 200 000 zł netto (tj. 10 004 000 zł brutto), biorąc pod uwagę trzyletni okres trwania umowy (lata 2008 – 2010), w oparciu o wcześniejsze umowy z okresu pięciu lat (od 2003 r. do 2007 r.). Przy ustalaniu wartości zamówienia znacznie zwiększono jego wartość, biorąc pod uwagę zamówienia udzielane w poprzednich latach, ale także z uwagi na konieczność zwiększenia nakładów na czyszczenie, monitoring i naprawy sieci kanalizacyjnej nie tylko w punktach newralgicznych, ale również peryferyjnych. Uwzględniając powyższe nie można Zamawiającemu postawić w tym zakresie (szacowanie wartości zamówienia) zarzutów niezgodności z przywołanymi powyżej przepisami ustawy.

Stosownie do treści art. 45 ust. 1 ustawy zamawiający w zamówieniach o wartości równej lub przekraczającej wartości progów UE ma obowiązek żądania w postępowaniu wadium. Jednocześnie też, przy uwzględnieniu ust. 4 przywołanego przepisu, kwota wadium określona przez Zamawiającego powinna oscylować pomiędzy 0,5%, a 3% wartości zamówienia, czyli wartości ustalonej przez Zamawiającego, zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy.

Nie można w tym zakresie zgodzić się z dywagacjami Odwołującego, iż kwota, którą Zamawiający – stosownie do treści art. 86 ust. 3 ustawy – podaje bezpośrednio przed otwarciem ofert ma w tym względzie (ustalenia wysokości kwoty wadium) jakieś znaczenie.

Podstawą tą jest wartość szacunkowa zamówienia, która ujawniana jest przede wszystkim w treści protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (pkt 2 części ogólnej druku – w tym przypadku – ZP 1). Kwota ta również jest ujawniana w polu ogłoszenia o zamówieniu, publikowanego w Dzienniku Urzędowym UE – Wielkości lub zakres zamówienia (sekcja II pkt 2). W tym polu Zamawiający zobowiązany jest do wskazania wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, ustalonej zgodnie z przywołanymi

powyżej przepisami (tak: Aleksandra Sołtysińska w: „Informator o zmianach w przepisach dotyczących ogłoszeń wynikających z rozporządzenia Komisji Europejskiej ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń”, autorstwa Bartłomiej Kardas Aleksandra Sołtysińska, wydany przez Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, 2006 r., s. 88): „W przypadku gdy zamawiającemu znana jest szacunkowa wartość zamówienia, jest on obowiązany podać wartość zamówienia bez podatku VAT lub też zakres pomiędzy kwotami. Przepisy ustawy Pzp zobowiązują zamawiającego każdorazowo do określenia szacowanej wartości przedmiotu zamówienia jeszcze przed wszczęciem postępowania. Wynika z tego, iż mimo zapisu formularza, który jedynie fakultatywnie nakazuje podanie wartości szacunkowej zamówienia, zgodnie z przepisami prawa polskiego, zamawiający jest obowiązany w każdym przypadku podać wartość szacunkową zamówienia. Ustawa Pzp nie przewiduje również możliwości ustalenia szacowanej wartości zamówienia przez odniesienie do przedziału wartościowego. Zamawiający powinien zatem w każdym przypadku podać całkowitą wielkość lub zakres zamówienia oraz szacunkową wartość zamówienia bez podatku VAT określoną kwotowo w walucie, w której będzie zapłacona cena.”

Niewątpliwie zatem w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przepisu ustawy nakazującego określenia wysokości kwoty wadium w przedziale od 0,5% do 3% wartości zamówienia. Faktycznie Zamawiający zawiązał ową kwotę o 54 000 zł. Do oceny składu orzekającego Izby pozostało ustalenie, czy to naruszenie jest rażącym naruszeniem przepisów ustawy, przy którym wybór oferty obarczony byłby wadą (pkt 5 art. 146 ust. 1 ustawy), czy też może jest to naruszenie, które miało wpływ na wynik tego postępowania (pkt 6 art. 146 ust. 1 ustawy).

Skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że powyższe naruszenie nie jest rażącym naruszeniem przepisów ustawy. Pojęcie „rażącego naruszenie przepisów ustawy” oznacza, że nie każde naruszenie przepisów będzie mogło być traktowane jako rażące. O rażącym naruszeniu przepisów ustawy będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy w postępowaniu doszło do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, doszło do naruszenia zasad przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy kryteriów oceny ofert. Istotne z punktu widzenia oceny, czy mamy do czynienia z rażącym naruszeniem przepisów ustawy – w ocenie składu orzekającego Izby – jest okoliczność ewentualnego skutku tego naruszenia. W analizowanym przypadku naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 45 ust. 4 ustawy poprzez podwyższenie kwoty wadium o 54 000 zł przy całkowitej ustalonej przez Zamawiającego kwocie wadium 300 000 zł oraz przy ustalonej przez niego wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia na kwotę 8 200 000 zł, nie wydaje się stanowić o rażącym, czyli jaskrawym, naruszeniu przepisów ustawy. Stąd też powoływanie się przez Zamawiającego na okoliczność rażącego

naruszenia przepisów ustawy, które stało się podstawą unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy (wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego) nie jest wystarczająca.

W drugiej jednak kolejności skład orzekający Izby dokonał ustalenia, czy owo naruszenie przepisu art. 45 ust. 4 ustawy miało wpływ na wynik postępowania. Ewentualnego wpływu na wynik postępowania w tym przypadku można dopatrywać się w tym, czy poprzez zawyżenie żądanej przez Zamawiającego kwoty wadium jacyś wykonawcy zostali wykluczeni z udziału w postępowaniu z powodu nie wniesienia zawyżonej kwoty wadium, albo też w tym, że jacyś potencjalni wykonawcy zrezygnowali z ubiegania się o przedmiotowe zamówienie ze wskazanego powodu. Z dokumentacji postępowania wynika, że pierwsza ze wskazanych okoliczności nie zachodzi - w postępowaniu złożono dwie oferty i żadna z nich nie została odrzucona, żaden z wykonawców nie został wykluczony z udziału w postępowaniu. Z treści dwóch złożonych w postępowaniu ofert wynika też wprost, że żądane przez Zamawiającego wadium zostało przez tych wykonawców prawidłowo wniesione.

Co do drugiej okoliczności wskazać należy, że w postępowaniu złożono dwie oferty. Na etapie dokumentacji postępowania – publikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ – jedna z firm zainteresowanych zamówieniem – Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo – Usługowe J. Biskup S. Owczarek Sp. j. AKWA z siedzibą w Zabrze - w piśmie z dnia 17 marca 2008 r. złożyła do Zamawiającego protest, w którym min. podniosła zarzut dotyczący wysokości żądanego przez Zamawiającego wadium, która w ocenie protestującego była niewspółmiernie wysoka w porównaniu z wymaganymi w postępowaniu referencjami. Zamawiający, rozpatrując ten protest w piśmie z dnia 27 marca 2008 r., podniósł z jednej strony, że podniesiony zarzut wobec braku sprecyzowania żądania protestującego nie zasługuje na uwzględnienie, a z drugiej strony wskazał, że ów zarzut został podniesiony po terminie.

Jak wynika z dokumentacji postępowania Przedsiębiorstwo AKWA nie złożyło następnie swojej oferty w postępowaniu, pomimo częściowego uwzględnienia przez Zamawiającego wskazanego powyżej protestu w zakresie zarzutów dotyczących sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe wskazuje, że nie uwzględnienie zarzutu tej firmy, co do ustalonej przez Zamawiającego w sposób niezgodny z przepisami prawa kwoty wadium uniemożliwiło tej firmie udział w postępowaniu, skoro nie złożyła ona swojej oferty, pomimo wyrażanego w tym zakresie zainteresowania. Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z naruszeniem przez Zamawiającego przepisu ustawy (art. 45 ust. 4 ustawy), które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W postępowaniu tym bowiem jeden z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego podnosił zarzut, co do wysokości żądanego wadium, który nie został przez Zamawiającego uwzględniony, a następnie nie złożył oferty w postępowaniu pomimo tego, że Zamawiający pozostała i większą część jego zarzutów dotyczących sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, zawartych w proteście, uwzględnił i dokonał modyfikacji SIWZ. Okoliczności w tej sprawie wskazują zatem, że nie uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutu dotyczącego wysokości wadium miało wpływ na to, że wykonawca ten zrezygnował z udziału w postępowaniu, a zatem naruszenie dotyczące błędnego ustalenia kwoty wadium miało wpływ na wynik tego postępowania. Tym samym unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy było zasadne. Skład orzekający Izby nie stwierdził zatem naruszenia wskazanego przepisu, jak również przepisu art. 7 ust. 1 oraz 32 ust. 1 i 41 ustawy.

Wskazać jednocześnie należy, że unieważnienie postępowaniem w oparciu o wskazaną przesłankę stanowi ewidentnie o unieważnieniu postępowania z winy Zamawiającego. Zamawiający będąc jednostką sektora finansów publicznych powinien przykładać większą wagę i staranność przy prowadzeniu procedury udzielenia zamówienia publicznego, aby swoim działaniem nie doprowadzać do unieważnienia postępowania, ponieważ podstawowym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*