

Sygn. akt: KIO/UZP 1422/08

POSTANOWIENIE
z dnia 18 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Renata Tubisz

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie* w dniu ~~Aw dniach~~* 18 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach, ul. Zagnańska 153** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Wieliszew z siedzibą w Wieliszewie, ul. Modlińska 1** protestu ~~/protestów~~* z dnia **21 listopada 2008 r.**

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, **xxx** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 .odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach, ul. Zagnańska 153

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064.21 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach, ul. Zagnańska 153**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr. (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 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 **5 936 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Budowlano-Uslugowego DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach, ul. Zagnańska 153**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę gimnazjum gminnego zostało wszczęte przez Zamawiającego Gminę Wieliszew z siedzibą w Wieliszewie, ul. Modlińska 1 – ogłoszeniem o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych za numerem 225683-2008w dniu 18 września 2008r.

W dniu 13 listopada 2008r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego WODBUD S.A. z siedzibą w Wyszkwowie, ul. 3-ego Maja 53 oraz odrzucił ofertę Przedsiębiorstwa Budowlano-Uslugowego DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach, ul. Zagnańska 153, zwanego dalej Odwołującym na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (DZ. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058 – dalej ustawy) uznając, że w kosztorysie ofertowym instalacji wentylacji mechanicznej w tej ofercie brak jest pozycji od 129 do 133. O tej czynności Odwołujący powziął wiadomość w dniu 14 listopada 2008r.

Na zaniechanie Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy wybranego w dniu 21 listopada 2008r. wniósł protest Odwołujący zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust.1, art. 22 ust. 2, art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy poprzez wyłonienie oferty najkorzystniejszej i dokonanie wyboru wykonawcy wybranego oraz zażądał unieważnienia wyboru oferty wykonawcy wybranego, ponownego dokonania czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu, odrzucenia i w konsekwencji wykluczenia oferty wykonawcy wybranego oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że po zamieszczeniu przez Zamawiającego na jego stronie internetowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), niektóre pliki

stanowiące opis przedmiotu zamówienia i dokumentację przedmiarowo – projektową nie możliwe było ich otwarcie i pobranie. W tej sytuacji Odwołujący pobrał wersję papierową siwz od Zamawiającego, która różniła się w ilości pozycji przedmiarowych od dokumentacji zamieszczonej na stronie internetowej. W wyniku zapytań skierowanych do Zamawiającego, Zamawiający w dniu 16 października 2008r. wyjaśnił, że „Jednocześnie w związku z pytaniami odnośnie różnic występujących pomiędzy przedmiarami w formie drukowanej oraz w formie elektronicznej, prosimy o przeanalizowanie dokumentacji projektowej w wątpliwych punktach i do kosztorysu ofertowego przyjąć przedmiar przekazany Państwu w wersji drukowanej z ewentualnymi poprawkami wynikającymi z projektu.” oraz wskazał, że „Przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego dopuszcza się wykreślanie, dopisywanie pozycji oraz zmianę podstaw wyceny pod warunkiem, że nie zmienią one parametrów zastosowanych materiałów, ich ilości i nie spowodują zmian w przedmiocie zamówienia.”. W świetle tych wyjaśnień Odwołujący stwierdził, że dla zamawiającego kosztorysy ofertowe nie miały decydującego znaczenia, a podstawą oceny ofert była cena ryczałtowa, a zatem jego oferta mimo nieuwzględnienia wszystkich pozycji przedmiarowych w pełni odpowiada siwz i nie było podstaw do jej odrzucenia. Na poparcie swojej argumentacji Odwołujący powołał się na wyroki ZA z 1 września 2008r. sygn. akt UZP/ZO/0-2407/06, UZP/ZO/0-1580/06, UZP/ZO/0-1207/05, UZP/ZO/0-1243/06, UZP/ZO/0-1163/07 oraz KIO z dnia 21 października 2008r. sygn. akt KIO/UZP 1084/08 i 20 października 2008r. sygn. akt KIO/UZP 1077/08. Uzasadniając treść podniesionych zarzutów wskazał, że wykonawca wybrany nie spełnił warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w pkt 10.11, ppkt. 11 siwz, a jego oświadczenie zawarte w załączniku „Wykaz prac” stanowi oświadczenie nieprawdy. Wskazał, że przedmiotem postępowania jest budowa gimnazjum gminnego w Wieliszewie o powierzchni całkowitej 4 574 m², kubaturze 16 417 m³ i wartości około 13 mln. zł. , a złożone oferty w tym oferta wybrana opiewają na kwoty mieszczące się w przedziale od 12 674 062, 34zł. do 13 383 653,00zł. Wykonawca wybrany przedstawił w wykazie roboty o wartościach od 494 420zł do 7 636 712zł., a więc nie odpowiadających swoją wartością przedmiotowi zamówienia. Również podniósł, że żadna z pozycji wykazu nie odpowiada rodzajowi zamówienia, gdyż nie można uznać za roboty odpowiadające przedmiotowi zamówienia robót polegających na modernizacji stacji elektroenergetycznych, budowy stacji, dobudowy krytego podjazdu dla karetek wraz z pomieszczeniami obszaru wjazdu Szpitalnego Oddziału Ratunkowego SPZZOZ w Wyszkwowie. Za nieodpowiednie Odwołujący uznał tak pod względem wielkości jak i wartości roboty wykonane w Muzeum Kultury Ziemi Kurpiowskiej w Ostrołęce oraz Centrum Kultury w Łajskach. Ponadto Odwołujący stwierdził, że wykonawca wybrany wycenił błędnie także kosztorys instalacji ciepła technologicznego, gdyż wyceną objął przedmiar w wersji elektronicznej zawierający 59 pozycji i to niezgodnych z dokumentacją projektową, a zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego powinien był wycenić

przedmiar w wersji papierowej zawierający 81 pozycji. W świetle tej argumentacji Odwołujący uznał, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wybranej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy. Uzasadniając naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy oraz swój interes prawny we wniesieniu protestu Odwołujący podniósł, że jego oferta na podstawie przyjętych przez Zamawiającego kryteriów (75% - cena i 25% - warunki płatności) powinna była być uznana za najkorzystniejszą i spełniała warunki udziału w postępowaniu, natomiast oferta wybrana tych warunków nie spełniała, a mimo to Zamawiający jej nie odrzucił.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu do dnia 1 grudnia 2008r., a więc protest oddalił w całości. Natomiast w dniu 24 listopada 2008r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, z uwagi na to, że postępowanie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Jako powód zaistnienia wady Zamawiający wskazał niemożność zwrócenia się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą w związku z wpływieniem protestu, z zachowaniem terminu 7 dniowego wynikającego z art. 85 ust. 2 ustawy. W dniu 2 grudnia 2008r. na czynność unieważnienia postępowania Odwołujący wniósł protest.

W dniu 5 grudnia 2008r. Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu z dnia 21 listopada 2008r. zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów dotyczących braku rozstrzygnięcia protestu Odwołującego w sytuacji, gdy protest ten był zasadny i konieczny oraz art. 7 ust.1, art. 22 ust. 2, art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy poprzez wyłonienie oferty najkorzystniejszej i dokonanie wyboru wykonawcy wybranego oraz zażądał unieważnienia wyboru oferty wykonawcy wybranego, nakazania odrzucenia i w konsekwencji wykluczenia oferty wykonawcy wybranego nakazania ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazania Zamawiającemu zwrotu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania. Podtrzymał argumentację podniesioną w proteście oraz wskazał, że Zamawiający wadliwie określił warunki udziału w postępowaniu, czym utrudnił uczciwą konkurencję i naruszył art. 22 ust. 2 ustawy oraz wskazał na konieczność unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia nie został opisany zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy i art. 30 ustawy. Stwierdził także, że Zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 85 ust. 2 ustawy. Podtrzymał swoje twierdzenia dotyczące posiadania interesu prawnego we wniesieniu odwołania, argumentując jak w proteście.

Protest i odwołanie zostały podpisane przez Prezesa zarządu Odwołującego uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do protestu i odwołania. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 5 grudnia 2008r. drogą elektroniczną i faksową.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Wartość szacunkowa zamówienia zgodnie z drukiem ZP-1 wynosi 12 150 000zł. netto, co stanowi równowartość 3 133 785, 56 euro.

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

Izba wzięła pod uwagę stanowisko pełnomocnika Odwołującego podniesione w pismach oraz zaprezentowane na posiedzeniu.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.08.171.1058) do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się przepisy działu VI ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym cytowaną ustawą. Ustawa ta weszła w życie w dniu 24 października 2008r. W przedmiotowym postępowaniu protest został wniesiony w dniu 21 listopada 2008r., a więc po wejściu w życie ustawy z dnia 4 września 2008r. Zatem do odwołania z dnia 5 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, 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 3 133 785, 56 euro.

Odwołanie zatem w tym przypadku nie służy na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący natomiast w odwołaniu sformułował zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie zgłosił natomiast dopuszczalnego zarzutu dotyczącego czynności odrzucenia jego oferty. Wprawdzie w uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że jego oferta nie powinna była ulec odrzuceniu, jednakże nie zarzucił Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez błędne jego zastosowanie i przyjęcie, że oferta Odwołującego w swojej treści jest sprzeczna z treścią siwz. Pośrednio także wnioski sformułowane przez Odwołującego wskazują, że jego wolą była eliminacja z postępowania wykonawcy wybranego, bo nakazania Zamawiającemu właśnie takiej czynności się domaga, natomiast nie domaga się przywrócenia własnej oferty do postępowania i uwzględnienia jej przy ponownej ocenie

ofert. Izba z mocy art. 191 ust. 3 ustawy pozostaje związana zarzutami wskazanymi w proteście, które w przedmiotowej sprawie są identyczne z zarzutami podniesionymi w odwołaniu i z tych względów Izba zobowiązana była uznać, że protest został skierowany przeciwko czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc czynności nie mieszczącej się w katalogu wyznaczonym art. 184 ust. 1 a ustawy. Z tych względów działając na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Izba zobowiązana była odrzucić odwołanie.

Na marginesie Izba wyjaśnia, 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 w rzeczywistości zarzut Odwołującego dotyczył zaniechania wykluczenia wykonawcy wybranego, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty.

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.

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 **dla Warszawy Pragi w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....