

**Sygn. akt KIO/UZP 637/09**

**Sygn. akt KIO/UZP 638/09**

## **WYROK**

**z dnia 27 maja 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 maja 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2009 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez

**1. Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A. ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice,**

**2. Krzysztofa Ćmiela prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Complex Euro Word” Firma Remontowo – Budowlana Produkcyjno – Handlowa mgr inż. Krzysztof Ćmiel ul. Paderewskiego 8, 32-310 Klucze**  
od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

**Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych – TBS Spółka z o.o.**

**ul. Korczaka 7, 41-200 Sosnowiec**

protestów z dnia 24 kwietnia 2009 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Budowlanego „DOMBUD” S.A. ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice** zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO/UZP 638/09 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala oba odwołania,**

**2. kosztami postępowania obciąża Odwołujących 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 uiszczonych wpisów, w tym:
  - 1) **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A. ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice,**
  - 2) **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Krzysztofa Ćmiela ul. Paderewskiego 8, 32-310 Klucze,**
2. dokonać zwrotu kwoty **35 426 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Odwołujących** w tym:
  - 1) **15 713 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy siedemset trzysta złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A. ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice,**
  - 2) **15 713 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy siedemset trzysta złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Krzysztofa Ćmiela ul. Paderewskiego 8, 32-310 Klucze.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *budowę budynku mieszkalnego wielorodzinnego, podpiwniczonego z funkcją usługową oraz instalacjami: kanalizacji sanitarnej, deszczowej, wodociągowej, ciepłej i elektrycznej wraz z drogą wewnętrzną i miejscami parkingowymi, zlokalizowanymi na działkach nr 64/2, 65/1, 59/15, 59/16,*

121/1,59/26,64/3, 146/3 w Sosnowcu, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 20 listopada 2008 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2008/S 226–300210. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

15 kwietnia 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako że jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, gdyż wada będąca skutkiem naruszenia przepisów określonych w ustawie miała bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Doszło bowiem do sytuacji, w której w jednej z ofert zawarto pełen zakres robót zgodnie z intencją Zamawiającego, zaś druga nie zawiera detektorów i przepustnic, a do tego braku doprowadził brak precyzji Zamawiającego przy modyfikowaniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W związku z powyższym obie oferty nie są ofertami porównywalnymi. Poza tym wybór oferty z zakresem robót innym niż oczekiwany przez Zamawiającego doprowadziłby do innych negatywnych konsekwencji, w szczególności trudno by było znaleźć właściwy tryb ustawowy dla zamówienia brakujących elementów.

24 kwietnia 2009 r. obaj Odwołujący wnieśli na tę czynność protesty, które Zamawiający oddalił 5 maja 2009 r. podtrzymując swoje stanowisko zawarte w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z 15 kwietnia 2009 r.

14 maja 2009 r. obaj Odwołujący wnieśli odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu o sygn. akt KIO/UZP 637/09 Dombud S.A. zarzuciła Zamawiającemu:

1. unieważnienie postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na błędne uznanie, że w niniejszym postępowaniu zachodzą przesłanki faktyczne i prawne unieważnienia postępowania na podstawie powołanych przepisów oraz sprzecznie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu określonym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 27 marca 2009 r., który został wydany przy uwzględnieniu wady postępowania polegającej na braku precyzji Zamawiającego przy wprowadzaniu zmian do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która to wada doprowadziła do braku 12 detektorów i 5 przepustnic w ofercie Dombud S.A.,

2. zaniechanie oceny oferty Dombud S.A. sprzecznie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu określonym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 27 marca 2009r., tj. wbrew wyraźnemu nakazowi KIO dokonania oceny tej oferty odwołującego, który został wydany przy uwzględnieniu wady postępowania, polegającej na braku precyzji Zamawiającego przy wprowadzaniu zmian do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która doprowadziła do braku w ofercie 12 detektorów i 5 przepustnic, co spowodowało zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zaniechanie udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy – z naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Dombud S.A. wniosła o uwzględnienie odwołania w całości, w szczególności o:

1. nakazanie unieważnienia decyzji o unieważnieniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia,
2. nakazanie oceny jej oferty zgodnie z nakazem określonym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 27 marca 2009 r. w oparciu o kryteria oceny ofert określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt. 13.2.),
3. nakazanie wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z kryterium oceny ofert, tj. najniższej ceny, a także nakazanie udzielenia zamówienia przedsiębiorcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych,

4. orzeczenie zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania oraz kwotę wpisu.

W odwołaniu o sygn. akt KIO/UZP 638/09 pan Krzysztof Ćmiel zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 7, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt. 3, art. 91 ust. 1, art. 38 ust. 4 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
3. przeprowadzenia zaniechanej czynności badania i oceny ofert nakazanej wyrokiem KIO sygn. akt KIO/UZP 312/09 z 27 marca 2009 r.,
4. odrzucenie oferty DOMBUD" S.A. jako nie odpowiadającej swoją treścią treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
5. dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej,
6. zasądzenie uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Żądanie nr 4 wynika z tego, iż zdaniem Odwołującego, w ofercie Dombud S.A. w kosztorysie ofertowym „przyłącza wod-kan”, kanalizacja deszczowa, pozycja 50, wyceniono „studzienki kanalizacyjne systemowe Vawin, Fi 315-425 mm, zamknięcie rurą teleskopową, kineta PE”, a więc brak w kosztorysie wyceny studni Tegra 600, która została wprowadzona modyfikacją do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przy jednoczesnym braku możliwości dokonania poprawienia tej pozycji w trybie art. 87 ust. 2 pkt3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem nie można z treści oferty wywieść ceny jednostkowej studni Tegra 600, która mogłaby stanowić podstawę do wyliczenia tej pozycji. Nie można tego błędu traktować również w kategorii zarówno oczywistej omyłki pisarskiej, jak i rachunkowej. Dombud S.A. dostosowując swoją ofertę do dokonywanych modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokonywał tych zmian wybiórczo.

25 maja 2009 r. Dombud S.A. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO/UZP 638/09 po stronie Zamawiającego.

W przystąpieniu tym stwierdziła, iż podniesiony w odwołaniu zarzut dotyczący unieważnienia postępowania powinien być przez Izbę pominięty ze względu na dyspozycję art. 187 ust. 4 pkt 4 w zw. z art. 180 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zarzuty dotyczące zaniechania czynności badania i oceny ofert oraz nieodrzczenia oferty Dombud S.A. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 38 ust. 4 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nieuwzględnione powinny być nieuwzględnione. Badanie ofert zostało bowiem dokonane, choć nie doszło do ich oceny. Natomiast zarzut dotyczący oferty Dombud S.A. jest spóźniony i niedopuszczalny zgodnie z art. 181 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast okoliczność niezgodności treści oferty Dombud S.A. z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia była już podnoszona i ostatecznie rozstrzygnięta w poprzednim postępowaniu protestacyjnym.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niezastosowania studni Tegra 600 stwierdził, iż Zamawiający nie wskazał wykonawcom pozycji, w której należy dodać studnie Tegra bądź dokonać zamiany studzienek 315 Vawin na studnie Tegra, nie podał również podstawy ich wyceny oraz ilości. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie bez powoływania się na pozycje przedmiaru, więc nie zobowiązał wykonawców do dokonania konkretnej zmiany w kosztorysie. Natomiast wprowadził do oferty wszystkie zmiany, które były dokonane w sposób czytelny.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Izba odniosła się do zarzutów formalnych zawartych w przystąpieniu Dombud S.A. w stosunku do odwołania pana Krzysztofa Ćmiela:

1. w odniesieniu do wniosku o pominięcie zarzutu dotyczącego unieważnienia postępowania ze względu na brak minimalnej treści protestu wymaganej zgodnie z art. 180 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj.

braku wskazania okoliczności prawnych i faktycznych, które by ten protest uzasadniały, Izba stwierdziła, iż, niezależnie od obszerności uzasadnienia w tym zakresie, treść protestu nie budzi jej wątpliwości, a wadliwość czynności unieważnienia postępowania jest jednoznacznie wywiedziona z jej dokonania zamiast nakazanego badania i oceny ofert, w tym oferty pana Ćmiela,

2. w odniesieniu do wniosku o pominięcie zarzutu dotyczącego nieodrzużenia oferty Dombud S.A. jako że okoliczność ta została już ostatecznie rozstrzygnięta w poprzednim postępowaniu protestacyjnym, a poza tym powinna być zostać podniesiona na wcześniejszym etapie postępowania Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się, gdyż w informacji o wyniku postępowania z 6 stycznia 2009 r. ani w postępowaniu odwoławczym KIO/UZP 312 i 342/09 kwestia studni Vawin – Tegra nie była podnoszona, natomiast pan Ćmiel nie miał interesu prawnego w oprostowaniu zaniechania odrzużenia oferty już przez Zamawiającego odrzuconej, natomiast w związku z przywołanym wyrokiem KIO sytuacja ta uległa zmianie (jakkolwiek w zaistniałej sytuacji – przerwaniu postępowania bez wykonania wyroku KIO i braku oficjalnych (uzewnętrzniionych wykonawcom) decyzji Zamawiającego w tym zakresie – status ofert jest niedookreślony),

3. w odniesieniu do wniosku o pominięcie zarzutu dotyczącego zaniechania czynności badania ofert jako dokonanej – Izba uznała, iż tę czynność Zamawiającego można uznać co najwyżej za rozpoczętą i przerwana jako bezprzedmiotową po podjęciu decyzji o unieważnieniu postępowania – zatem tego zarzutu nie można a priori uznać za bezpodstawny.

Natomiast w odniesieniu do zarzutu nieprawidłowego unieważnienia postępowania Izba uznała, co następuje. W okolicznościach niniejszego postępowania tej czynności Zamawiającego nie można uznać za niezasadną i niezgodną z prawem.

Izba w wyroku łącznym o sygnaturze akt KIO/UZP 312 i 342/09 nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem ofert Odwołujących uznając m.in., iż oferta Dombud S.A. nie jest niezgodna

z modyfikacjami specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynikającymi z udzielanych odpowiedzi. Jednak podkreślić należy, iż orzeczenie to dotyczyło wyłącznie zarzutów będących przedmiotem odwołania, tj. spornych detektorów i przepustnic i zostało wydane, jak i niniejszy wyrok, przy uwzględnieniu zaprezentowanych stanowisk Stron.

Izba nie badała oferty poza zakresem wskazanym w odwołaniu i jej wyroku nie można w taki sposób nadinterpretować czyniąc z jednej konkretnej, badanej przez Izbę sytuacji – danych pozycji kosztorysu, przedmiarów oraz pytań i odpowiedzi w tym zakresie – generalnej zasady odnoszącej się do całej oferty lub całego postępowania. Nawet bowiem, gdyby taki był zamiar Izby, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, nawet jeśli zauważy w postępowaniu lub w ofertach wady, które nie były przedmiotem podniesionych zarzutów. Taka też była intencja ustawodawcy, który ustawą z 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), zmienił brzmienie art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie dotyczącym unieważniania postępowania z urzędu. Zadaniem Izby jest bowiem rozstrzygnięcie powstałych sporów między zamawiającymi a wykonawcami, a nie jest ona organem kontrolnym ani tym bardziej doradczym zamawiających, nie zastępuje też zamawiających w dokonywaniu czynności w postępowaniu.

To Zamawiający jest odpowiedzialny za jego prawidłowość postępowania i to on musiał podjąć decyzję, w jaki sposób odnieść się do zaistniałej sytuacji. 13 lutego 2009 r. unieważnił bowiem postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych uznając, iż nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu. Jednak w związku z protestami wykonawców i wyrokiem KIO/UZP 312 i 342/09 okazało się, iż potencjalnie istnieją takie oferty, jednak różnią się one treścią. Zamawiający, w odniesieniu do spornych detektorów i przepustnic uznał się za winnego zaistniałej sytuacji, czemu dał wyraz w rozstrzygnięciu pierwszego protestu wniesionego przez Dombud S.A. Podobną postawę Zamawiający zaprezentował, jakkolwiek nie *expressis verbis*, w odniesieniu do



zmienionych studzienek Vawin – Tegra. Natomiast w momencie, gdy Zamawiający uznałby, że ze swojej „winy” musi odrzucić ofertę zamiast uznać ją za najkorzystniejszą, musiałby również w tym przypadku stwierdzić, że okoliczność ta ma wpływ na wynik postępowania, a zatem zachodzi sytuacja, o której mowa w art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc uzasadniająca decyzję o unieważnieniu postępowania.

W orzecznictwie i piśmiennictwie związanym w zamówieniami publicznymi od dawna jest przyjęty pogląd, iż nieporównywalność ofert prowadzi do niemożności wybrania oferty najkorzystniejszej, zatem Izba uznała, iż Zamawiający podjął trafną decyzję. Tym bardziej, iż wynagrodzenie wykonawcy ma być wynagrodzeniem kosztorysowym. Sytuacji nie zmienia fakt, iż Zamawiający przewidział udzielanie zamówień uzupełniających i mogłby pominięte roboty zlecić w kolejnym postępowaniu – bowiem to w wyniku przeprowadzenia niniejszego postępowania powinien zawrzeć umowę na cały przewidziany zakres prac.

Jednocześnie Izba uznała, iż potwierdził się zarzut dotyczący niewykonania wyroku KIO sygn. akt KIO/UZP 312 i 342/09, jednak, zgodnie z art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów prawa, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W związku z unieważnieniem przez Zamawiającego postępowania, sytuacja taka w niniejszej sprawie nie zachodzi.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....