

Sygn. akt: KIO/UZP 24/09

WYROK
z dnia 20 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Andrzej Niwicki
Członkowie:	Izabela Niedziałek Marzena Teresa Ordysińska
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. Oddział Operacyjny w Kielcach, ul. Sienkiewicza 47, 25-953 Kielce** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Świętokrzyskie Biuro Rozwoju Regionalnego, ul. Targowa 18, 25-520 Kielce** protestu z dnia 22 grudnia 2008 r.

przy udziale **ING Bank Śląski S.A. Oddział w Kielcach, ul. Silniczna 26, 25-515 Kielce** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. Oddział Operacyjny w Kielcach, ul. Sienkiewicza 47, 25-953 Kielce

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. Oddział Operacyjny w Kielcach, ul. Sienkiewicza 47, 25-953 Kielce,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. Oddział Operacyjny w Kielcach, ul. Sienkiewicza 47, 25-953 Kielce** na rzecz **Świętokrzyskiego Biura Rozwoju Regionalnego, ul. Targowa 18, 25-520 Kielce** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 2 926 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Banku Gospodarki Żywnościowej S.A. Oddział Operacyjny w Kielcach, ul. Sienkiewicza 47, 25-953 Kielce.**

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

Odwołując się od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę bankowej obsługi Świętokrzyskiego Biura Rozwoju Regionalnego w Kielcach prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, Bank Gospodarki Żywnościowej Oddział Operacyjny w Kielcach zarzucił Zamawiającemu i poprzez swoje czynności i zaniechania naruszył on przepisy:

-art. 22 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez odrzucenie oferty BGŻ S.A. w oparciu o warunki niespełniające kryterium adekwatności do przedmiotu zamówienia, a przez to prowadzące do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zamykające drogę do uzyskania zamówienia;

-art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zakreślenie warunków udziału w postępowaniu przeczących zasadom wolnej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

-art. 89 ust. 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty BGŻ S.A.; pomimo braku podstaw do dokonania takiej czynności;

-art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez określenie podstawy prawnej odrzucenia oferty BGŻ S.A. nie mającej podstawy w czynnościach podjętych w toku postępowania;

Wskazując na powyższe Odwołujący zażądał nakazania Zamawiającemu wykonania czynności polegającej na unieważnieniu niniejszego postępowania, jako dotkniętego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne.

Zamawiający rozstrzygając protest, postanowił uznać protest w części odnoszącej się do błędu formalnego w związku z odrzuceniem oferty Banku Gospodarki Żywnościowej S.A. Oddziału operacyjnego w Kielcach, a polegającego na nie podaniu podstawy prawnej odrzucenia oferty, oraz odrzucić protest w części odnoszącej się do adekwatności warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia, natomiast w pozostałej części protest oddalił.

Odnosząc się do rozstrzygnięcia protestu Odwołujący podniósł, że nie oprotestował postanowień SIWZ dotyczących warunków udziału w postępowaniu, ale czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty w oparciu o wskazane przesłanki. Wskazał, że Zamawiający, który uznał protest w części dot. niesprecyzowania podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego, podał, że oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp, a tym samym stwierdził, iż oferta BGŻ S.A. została odrzucona jako wniesiona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania. Powyższe stanowisko uznał za bezpodstawne, bowiem Odwołujący BGŻ S.A. nie został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia.

Oceniając treść pkt 7.2 SIWZ w jego oryginalnym brzmieniu Odwołujący stwierdził, że jego treść jest niejasna i wieloznaczna, a nadto w rażący sposób narusza zasadę wolnej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zaznaczył, że jakkolwiek zamawiający może w dowolny sposób ukształtować warunki udziału w postępowaniu, to nie mogą one naruszać zasad wolnej konkurencji i nawet potencjalnie - zamykać niektórym podmiotom drogę do uzyskania zamówienia.

Wynika to wprost z generalnej zasady, określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, iż zgodnie z postanowieniem pkt. 19.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) oferta w niniejszym postępowaniu musiała zawierać ostateczną sumaryczną cenę obejmującą wszystkie koszty z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków oraz ewentualnych upustów i rabatów.

W ofercie złożonej przez ING Bank Śląski S.A. zawarto stwierdzenie, że oprocentowanie oszczędnościowego rachunku bankowego wyniesie 5%, zaś w przypadku zgromadzenia na nim środków na kwotę 100.000 zł zaoferowano oprocentowanie rachunku w wysokości 5,28 %. Takie postanowienie treści oferty nie odpowiada SIWZ, a nadto powoduje, że nie sposób ustalić ostatecznej sumarycznej ceny złożonej oferty i poddać ją ocenie.

Nie wiadomo bowiem, czy zamawiający oceniając składnik oferty w postaci oprocentowania rachunku ma wziąć pod uwagę wartość 5% czy też 5.28%, a jeżeli miałby wybrać jeden z tych składników, to brak podstaw do stwierdzenia na jakiej podstawie należałoby to zrobić.

Reasumując powyższe, w ocenie Odwołującego, oferta wykonawcy ING Bank Śląski S.A. winna zostać odrzucona, jako niezgodna co do treści z postanowieniami SIWZ, która nie dopuszczała alternatywnego sposobu określenia oprocentowania rachunku oszczędnościowego, oraz nie zawiera żadnych reguł pozwalających na wybór jednej z dwóch propozycji tego wykonawcy.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i oświadczeniami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty podniesione przez Odwołującego można podzielić na trzy grupy:

- 1) zarzuty dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej (zaniechania jej odrzucenia),
- 2) zarzuty wobec postanowień SIWZ,
- 3) zarzuty dotyczące wykluczenia Odwołującego.

I. Izba nie rozpatrywała merytorycznie zarzutów dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, że wartość zamówienia oszacowano na 18 570, 5811 euro (zgodnie z informacją uwidoczną w protokole postępowania – kopia druku ZP-2 w aktach sprawy).

W dniu 24.10.2008 r. weszła w życie ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Zgodnie z art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się przepisy działu VI Prawa zamówień publicznych, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą.

Protest, w następstwie którego wniesiono rozpatrywane odwołanie, został złożony w dn. 22.12.2008 r., a więc już po wejściu w życie nowelizacji. Zgodnie z art. 184 ust. 1a Prawa zamówień publicznych w postępowaniu o wartości mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych, 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.

Prawo zamówień publicznych wyraźnie w dziale VI odróżnia czynności od zaniechań mogących być podstawą protestu – zgodnie z art. 180 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, protest można wnieść do Zamawiającego „wobec czynności podjętych przez zamawiającego

w postępowaniu oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy”.

Zgodnie z w art. 187 w ust. 4 w pkt 8 Prawa zamówień publicznych, w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie odrzuca się, jeżeli dotyczy innych czynności, niż wymienione w art. 184 ust. 1a.

Wartość zamówienia w postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, oszacowano poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych, tj. rozporządzenia z dn. 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. z dnia 27 grudnia 2007 r.). Gdyby odwołanie zawierało więc wyłącznie zarzuty dotyczące oferty najkorzystniejszej (zaniechania jej odrzucenia), podlegałoby odrzuceniu; wobec czego Izba nie rozpatrywała zarzutów, bowiem uznała, że mieszczą się one poza kognicją Izby.

II. Izba również nie rozpatrywała również zarzutów odnoszących się do postanowień SIWZ, a kwestionujących ustalenie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu i ich opis (Odwołujący podnosił, że warunki zostały opisane niejasno, a ponadto są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia). Zarzuty te zostały bowiem zgłoszone po terminie – protest na postanowienia SIWZ w postępowaniu o zwartości szacunkowej w wysokości, jak w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, wnosi się w terminie 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. Jak ustaliła Izba, Zamawiający ogłosił zamówienie w dniu. 21.11.2008 (co potwierdza wydruk z numerem ogłoszenia 248880-2008 w Biuletynie Zamówień Publicznych, w aktach sprawy), zatem termin na oprotestowanie warunków udziału w postępowaniu i ich opisu minął w dn. 28.11.2008 r.

Na marginesie należy zauważyć, iż Odwołujący konsekwencję ewentualnego uwzględnienia zarzutów dotyczących warunków udziału w postępowaniu upatrywał w unieważnieniu postępowania i słusznie podniósł Zamawiający, że z dniem 24.10.2008 r. (w wyniku skreślenia art. 191 ust. 2 pkt 3 i ust. 3 zd. drugie Prawa zamówień publicznych) Izba utraciła możliwość unieważnienia postępowania z urzędu – a zarzut zgłoszony po terminie, skutkujący ewentualną nieważnością postępowania, mógłby być rozpatrywany tylko „z urzędu”, przed zmianą stanu prawnego z dniem 24.10.2008 r.

III. Izba uznała, że rozpatrzone merytorycznie mogą być tylko zarzuty dotyczące wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W celu odniesienia się do tego zarzutu, Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 16.12.2008 r. Zamawiający przekazał uczestnikom postępowania informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, oraz ofertach odrzuconych.

Zamawiający, w zakresie dotyczącym oferty Odwołującego, wskazał, że „odrzucił ofertę wykonawcy”, nie podał podstawy prawnej (tj. nie przytoczył przepisu Prawa zamówień publicznych), natomiast jako uzasadnienie faktyczne wskazał, iż Odwołujący nie wykazał, za pomocą złożonych wraz z ofertą dokumentów, iż posiada kapitał własny w wysokości wymaganej przez Zamawiającego w SIWZ.

Na podstawie ww. pisma, Izba stwierdziła, że Zamawiający w istocie wykluczył Odwołującego.

Należy wyraźnie odróżnić odrzucenie oferty w związku z jej niezgodnością z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych), a wykluczeniem wykonawcy z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu bądź niewykazania jego spełnienia (art. 24 ust. 1 pkt 10 bądź art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych). Inne są przesłanki odrzucenia, a inne – wykluczenia. Skoro Zamawiający nie przytoczył żadnej podstawy prawnej, a opisał jako podstawę faktyczną okoliczności, które skutkują wykluczeniem wykonawcy – uprawnione jest stwierdzenie, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania.

Zamawiający dostrzegł swój błąd „formalny” i uwzględnił protest w zakresie braku podania podstawy prawnej oraz wyjaśnił, jak powinna ona brzmieć (strona druga rozstrzygnięcia, zdanie wyróżnione kursywą).

Odwołujący ani w proteście, ani w odwołaniu nie kwestionował w istocie podstawy faktycznej swojego wykluczenia, ale - w jego ocenie - niezgodne z przepisami określenie warunków udziału w postępowaniu; na tym etapie postępowania Odwołujący ma wyłącznie interes prawny w wykazywaniu, iż w rzeczywistości spełnia warunek udziału w postępowaniu, a odwołujący tego nie uczynił. Ze względu na brak przedstawienia przez Odwołującego jakiegokolwiek argumentacji, w celu wykazania, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu, bądź iż dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, przedłożone przez Odwołującego, ocenione zostały przez Zamawiającego nieprawidłowo (tj. wyciągnął z nich mylne wnioski, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, opisanych w SIWZ), zarzut odnoszący się do wykluczenia Odwołującego z postępowania nie może zostać uwzględniony.

Reasumując, Izba nie uwzględniła zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1, 22 ust. 1. art. 36 ust. 1 pkt 5, art. 89 ust. 1 i 92 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższych okoliczności, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty Zamawiającego, zgodnie z przedłożonym do akt sprawy rachunkiem.

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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....