

Sygn. akt: KIO/UZP 1439/08

WYROK
z dnia 19 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Małgorzata Stręciwilk
Członkowie:	Ryszard Tetzlaff
	Agnieszka Trojanowska
Protokolant:	Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Fadbet S.A., ul. 27 Lipca 60, 15-182 Białystok**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie, ul. Gietkowskiego 5, 10-170 Olsztyn**, protestu z dnia 21 listopada 2008 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Fadbet S.A., ul. 27 Lipca 60, 15-182 Białystok** 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 **Fadbet S.A., ul. 27 Lipca 60, 15-182 Białystok**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Fadbet S.A., ul. 27 Lipca 60, 15-182 Białystok** na rzecz **Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Olsztynie, ul. Gietkowskiego 5, 10-170 Olsztyn**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

- 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 **35 936 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Fadbet S.A., ul. 27 Lipca 60, 15-182 Białystok.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Modernizację strzelnicy dla pojazdów bojowych w kompleksie 590 Jednostki Wojskowej 2098 Bemowo Piskie - postępowanie nr 31/RB”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Fadbet S.A., z siedzibą w Białymstoku, zwany dalej „Odwołującym”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 22 kwietnia 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 78-105396). Postępowanie to prowadzi Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie, zwany dalej: „Zamawiającym”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą”.

Zamawiający w postępowaniu tym dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez PRIBO – EPB Sp. z o.o. z siedzibą w Ełku. Informacja o wynikach postępowania została doręczona Odwołującemu w dniu 12 listopada 2008 r. W piśmie tym Zamawiający poinformował również Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (omyłkowo piśmie wskazano art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy). W uzasadnieniu odrzucenia tej oferty Zamawiający wskazał na niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) w następującym zakresie:

- 1) Część budowlana
 - poz. 59 – w nakładach „M” ujęto do krat nakłady do stali – nie skalkulowano siatki z drutu stalowego ocynkowanego o śr. co najmniej 1,5 mm i wielkości oczek do 25x25 mm
- 2) Część elektryczna
 - poz. 12 – zaplecze, poz. 2 – budynek WC, poz. 30 – wiata szkoleniowa, poz. 23 – wiata medyczna, poz. 18 – wiata stanowiska tankowania, poz. 2 – wiata amunicyjna – brak wyceny nakładów „M” fundamentu z żywic poliestrowych. Podstawa wyceny nie ujmowana w/w/ fundamentu

- Zasilenie planu budowy – należało wycenić zgodnie z pismem 1299/08 z dnia 05.08.2008 r. (odp. 3) oraz z wcześniejszą odpowiedzią („z opomiarowaniem”).

Odwołujący w piśmie z dnia 21 listopada 2008 r. (złożenie do Zamawiającego w tej samej dacie) złożył na wskazane czynności Zamawiającego protest.

W proteście Odwołujący wskazał na naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez:
 - odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że jej treść odpowiada treści SIWZ
 - nie odrzucenie oferty złożonej przez PRIBO-EPB mimo, że oferta ta podlegała odrzuceniu gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ
- 2) art. 91 ust. 1 poprzez:
 - nie dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej
 - wybór jako najkorzystniejszej ofert PRIBO-EPB
- 3) art. 26 ust. 4 poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści złożonej oferty,
i alternatywnie
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 poprzez brak unieważnienia postępowania.

Odwołujący podniósł ponadto, że konsekwencją wskazanych naruszeń jest również naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 7 ust. 3 ustawy. W związku z powyższym Odwołujący zażądał:

1. unieważnienia wyboru oferty PRIBO-EPB,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
4. dokonania czynności odrzucenia oferty PRIBO-EPB,
5. wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy,
6. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
i alternatywnie
7. unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Odnosząc się szczegółowo w uzasadnieniu protestu do zarzutów dotyczących oferty Odwołującego podniósł, iż:

1. co do poz. 59 w części budowlanej – w nakładach „M” wycenione zostały „kraty stalowe wg opisu pozycji”, w którym to opisie (zgodnie z przedmiarem) występuje m.in. siatka stalowa z drutu ocynkowanego. Podkreślił, że do wyceny przyjął nakłady materiałowe w ilości 33,4 kg na

m² kraty, a z opisu nie wynika, że do wyceny należy przyjąć stal w ilości 33,4 kg/m² kraty bez określenia, że nie dotyczy to siatki stalowej będącej elementem kraty.

2. co do części elektrycznej – zwraca uwagę, że podstawą wyceny jest KNR 5-10/0302-04 „*Układanie betonowych bloków kablowych o 4 otworów w wykopie*” z prawidłową jednostką miary – „m”. Zamawiający natomiast zmienił opis na „*Montaż fundamentu z żywic poliestrowych*”; a jednostkę miary zamienił na „szt.” W związku z powyższym Odwołujący wyjaśnił, że fundamenty z żywic poliestrowych (zgodnie z rysunkami zamieszczonymi w dokumentacji technicznej) zostały ujęte w wycenie materiałów następujących pozycji kosztorysowych:
- a) linie kablowe zaplecza – poz. 14 – skrzynka rozdzielcza TW-22, poz. 15 – skrzynka rozdzielcza TW-16;
 - b) budynek WC – poz. 4 – złącze kablowe typu ZK-3a;
 - c) wiata amunicyjna – poz. 5 – złącze kablowe typu ZK-3a, poz. 6 – rozdzielnica TW-8 typu Sypniewski;
 - d) wiata medyczna – poz. 5 – złącze kablowe typu ZK-3a, poz. 6 – rozdzielnica typu Mikołajki RSN 110 PC;
 - e) wiata stanowiska tankowania – poz. 21 – szafka uziemiająca UZ wg rys. E-6;
 - f) wiata szkoleniowa – poz. 32 – tablica telefoniczna TT9 wg rys. E-3.

Tak więc, w ocenie Odwołującego jego wycena w „M” w w/w pozycjach kosztorysowych zawiera pełen komplet obejmujący składniki (w tym fundamenty z żywic poliestrowych) wyszczególnione w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz jest zgodna z rysunkami dokumentacji technicznej.

3. co do zarzutu, że w kosztorysie elektrycznym w poz. 207 Zasilenie placu budowy brak jest wyrażenia „z opomiarowaniem”, a w wyjaśnieniach Zamawiający stwierdził jedynie, że doprowadzenie wody energii do placu budowy należy ująć na końcu przedmiaru sanitarnego (woda) i elektrycznego (energia elektryczna), dotyczącego budynku GSD. Nigdzie nie występuje wyrażenie: „z opomiarowaniem” co nie oznacza, że w żadnym przypadku, że doprowadzenie energii elektrycznej nie obejmuje opomiarowania, to bowiem jest częścią składową doprowadzenia energii elektrycznej.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Odwołującego, na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 24 listopada 2008 r. (doręzonego w dniu 26

listopada 2008 r.), swoje przystąpienie, w opozycji do podniesionych zarzutów, w piśmie z dnia 28 listopada 2008 r. (doręczenie Zamawiającemu w tej samej dacie) złożył PRIBO-EPB.

Zamawiający rozpatrzył złożony protest w piśmie z dnia 25 listopada 2008 r., doręczonym Odwołującemu w dniu 27 listopada 2008 r. W rozstrzygnięciu tym uznał protest za zasadny i unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu wskazał, że dokonał ponownej oceny oferty PRIBO-EPB i stwierdził w niej szereg rozbieżności z treścią SIWZ, co skutkowało odrzuceniem tej oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i w efekcie unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w piśmie z dnia 8 grudnia 2008 r. (w tej samej dacie nastąpiło złożenie pisma w urzędzie pocztowym operatora publicznego) złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał zasadniczo wszystkie zarzuty z protestu, modyfikując zarzut dotyczący unieważnienia postępowania. W tym zakresie wskazał, że Zamawiający bezpodstawnie unieważnił postępowanie, bez uprzedniego rozpoznania wniosków i zarzutów Odwołującego, dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego, zaniechania odrzucenia oferty PRIBO-EPB oraz zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień. W związku z powyższym wniósł on o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. powtórzenia czynności badania i oceny wszystkich ofert, w tym oferty Odwołującego;
4. wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego swoje przystąpienie, zawarte w piśmie noszącym datę 17 grudnia 2008 r. (wpływ do Prezesa UZP faksem w dniu 16 grudnia 2008 r., a oryginał pisma w dniu 17 grudnia 2008 r.), zgłosiła firma PRIBO-EPB. W przystąpieniu tym PRIBO-EPB wskazało, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego do złożenia odwołania bowiem jego żądanie zawarte w proteście zostało przez Zamawiającego uwzględnione, poprzez unieważnienie postępowania. Wskazał również na zasadność odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ oraz bezpodstawność żądania przez Zamawiającego w odniesieniu do niej wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, bowiem ten przepis ma wyłącznie zastosowanie do oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawców postępowaniu, o których to dokumentach stanowi art. 25 ust. 1 ustawy. Przystępujący podniósł również, że jego oferta nie zawiera

niezgodności z treścią SIWZ, wskazując jedynie, że są to omyłki, które Zamawiający zobowiązany jest poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy.

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

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że w związku ze złożeniem protestu w niniejszej sprawie w dniu 21 listopada 2008 r., tj. w dacie po wejściu 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 niniejsze rozstrzygnięcie w oparciu o stan prawny obowiązujący po wejściu w życie przepisów nowelizacyjnych, w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie § 16 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2008 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.) w związku z art. 184 ust. 4 ustawy nie dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy PRIBO-EPB, zgłaszającego przystąpienie do tego postępowania po stronie Zamawiającego, uznając, że podmiot ten nie posiada interesu prawnego w zgłoszeniu przystąpienia. PRIBO-EPB, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego utracił przymiot wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy, bowiem jego oferta została skutecznie odrzucona przez Zamawiającego. Wykonawca ten nie złożył bowiem odwołania od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, którym to rozstrzygnięciem Zamawiający, uwzględniając zarzuty Odwołującego, odrzucił ofertę Przystępującego PRIBO-EPB. Biorąc powyższe pod uwagę oraz przywołany przepis art. 184 ust. 4 ustawy, skład orzekający Izby uznał, że PRIBO-EPB nie miało interesu prawnego w przystąpieniu do postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby rozpatrując złożone odwołanie uznał, że nie zasługuje ono na uwzględnienie, z powodu nie wykazania się przez Odwołującego uszczerbkiem w interesie prawnym w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy. Stosownie do treści tego przepisu wykonawca, korzystający z prawa do środków ochrony prawnej, powinien wykazać, że w

wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku.

Podstawą tego rozstrzygnięcia Izby nie był wniosek Zamawiającego podniesiony w trakcie rozprawy związany z rzekomym brakiem interesu prawnego w związku z brakiem przyłączenia się przez Odwołującego do protestów innych wykonawców, lecz odrębne ustalenia składu orzekającego Izby.

W niniejszej sprawie Odwołujący na etapie złożonego protestu, który poprzedzał rozpatrywane przez Izbę odwołanie, zaskarżył alternatywnie zaniechanie Zamawiającego, polegające na braku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując na naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, obok zaskarżenia czynności Zamawiającego, związanych z oceną ofert i odrzuceniem oferty Odwołującego oraz zaniechaniem odrzucenia oferty PRIBO-EPB. Odwołujący zawarł w tym zakresie żądanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego. Zamawiający w rozstrzygnięciu przywołanego protestu uwzględnił to żądanie Odwołującego i unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, odrzucając jednocześnie ofertę PRIBO-EPB, jako sprzeczną z SIWZ. Zamawiający faktycznie nie rozpatrzył zarzutu Odwołującego, dotyczącego bezzasadności odrzucenia jego oferty, a więc poprzez milczące rozstrzygnięcie tego zarzutu należy uznać, że zarzut ten oddalił. Skład orzekający Izby uznał, jednak, że zarzut ten wobec alternatywnego podniesienia przez Odwołującego w proteście zarzutu – jak wskazano powyżej – mógł być przez Zamawiającego w ten właśnie sposób potraktowany.

Odwołujący w proteście, poprzez podniesienie zarzutu braku unieważnienia postępowania wskazał, że albo Zamawiający przywróci jego ofertę do udziału w postępowaniu i jednocześnie odrzuci ofertę PRIBO-EPB, albo też unieważni postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, czyli unieważni je z powodu braku ważnych ofert w postępowaniu na skutek uznania, że zarówno oferta Odwołującego, jak i oferta PRIBO-EPB są sprzeczne z postanowieniami SIWZ i podlegają odrzuceniu. Zamawiający przychylił się do tej drugiej, alternatywnej opcji rozpatrzenia protestu, zaprezentowanej i wnioskowanej przez Odwołującego w proteście. Tym samym należało uznać, że protest został rozstrzygnięty zgodnie z żądaniami i z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w proteście przez Odwołującego.

Skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący poprzez sformułowanie alternatywnego zarzutu oraz żądania dopuszczał możliwość przyjęcia przez Zamawiającego jednej z dwóch opcji postępowania, przewidzianych przez samego Odwołującego. Dopuszczał więc też możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego, w sytuacji gdy Zamawiający stwierdzi, że obie z ofert (Odwołującego i PRIBO-EPB) podlegają odrzuceniu, tym bardziej, że - jak sam Odwołujący podnosił w proteście i w odwołaniu - oferta PRIBO-EPB zawierała analogiczne nieścisłości, jak jego oferta, w tym w szczególności w zakresie poz. 207 kosztorysu oraz poz. 59.

Oferta Odwołującego została odrzucona przez Zamawiającego z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ w zakresie kosztorysu ofertowego przykładowo wymienionych w rozstrzygnięciu protestu, a postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego unieważnione, zgodnie zatem z żądaniem Odwołującego.

Skład orzekający Izby zwraca uwagę, że formułowanie zarzutów i żądań w proteście i odwołaniu nie może być przypadkowe. Podmiot prowadzący działalność gospodarczą, jako profesjonalista w obrocie gospodarczym, ubiegający się jednocześnie o udzielenie zamówienia publicznego i korzystający z prawa do środków ochrony prawnej powinien, tak zarzuty jak i żądania, formułować z pełną świadomością i odpowiedzialnością. Tym samym, formułując zarzuty i żądania, co do unieważnienia postępowania, mógł i powinien był liczyć się z ich uwzględnieniem przez Zamawiającego.

Uwzględniając tę okoliczność skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący, wnosząc odwołanie od rozstrzygnięcia protestu uwzględniającego jego zarzuty i żądania nie miał interesu prawnego w złożeniu niniejszego odwołania.

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 oraz uwzględniając treść § 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 zm.). W tym zakresie skład orzekający Izby ograniczył koszty wynagrodzenia pełnomocnika w stosunku do przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktura VAT) do kwoty, o której mowa w przywołanym przepisie rozporządzenia.

Skład orzekający Izby, wydając rozstrzygnięcie w sprawie kosztów postępowania odwoławczego dokonał rozliczenia kwoty wpisu faktycznie uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 40 000 zł zamiast należnego w niniejszej sprawie w kwocie 20 000 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....