

Sygn. akt KIO/UZP 197/08

WYROK
z dnia 18 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Anna Packo
Stanisław Sadowy

Protokolant: Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jacka Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek, ul. Łokietka 4, Bytom** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zarząd Ulic i Mostów, ul. Katowicka 105, Chorzów** protestu z dnia 18 lutego 2008 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego..... po stronie odwołującego się oraz - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Jacka Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek, ul. Łokietka 4, Bytom

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 Jacka Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek, ul. Łokietka 4, Bytom**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Jacka Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek, ul. Łokietka 4, Bytom** na rzecz **Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów, ul. Katowicka 105, Chorzów**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty zł ... gr (słownie:) przez 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 **Jacka Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek, ul. Łokietka 4, Bytom.**

Uzasadnienie

Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Letnie i zimowe utrzymanie ulic na terenie miasta Chorzów w okresie 26 miesięcy od dnia podpisania umowy”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 5 grudnia 2007 r. (nr 2007/S 234-285293).

W dniu 12 lutego 2008 r. Jacek Wieczorek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek z siedzibą w Bytomiu, zwany dalej „Odwołującym” wniósł o dokonanie za odpłatnością kserokopii ofert

wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu (wpływ do Zamawiającego faksem w tej samej dacie - godz. 13:04).

Pismem z dnia 18 lutego 2008 r. Zamawiający poinformował Odwoływającego o możliwości odbioru kserokopii żądanych dokumentów (przedmiotowe pismo Odwoływający otrzymał faksem w tej samej dacie o godz. 12:19).

W dniu 18 lutego 2008 r. Odwoływający (pismem z tej samej daty) wniósł protest na czynności Zamawiającego polegające na:

1. złamaniu zasady jawności podczas sesji otwarcia ofert poprzez niepodanie informacji dotyczącej ceny w całym zakresie, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności, co narusza art. 86 ust. 4 i 5 ustawy Pzp oraz warunek SIWZ zapisany w pkt 13.5;
2. tworzeniu zakazanych barier informacyjnych, poprzez nie udostępnienie kserokopii wnioskowanej dokumentacji, tj. ofert wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu w dniu 12 lutego 2008 r., a która stanowi istotny dowód w sprawie zbędnej zwłoki. Powyższe – zdaniem Odwoływającego – narusza art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2004 r., Nr 71, poz. 646), poprzez pozbawienie Odwoływającego uprawnień wynikających z zapisów ustawy;
3. naruszeniu przepisów w związku z zasadą jawności wynikającą z art. 8 i 9 ustawy Pzp;
4. naruszeniu art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez nie równe traktowanie stron postępowania w zakresie dostępu do informacji.

Jednocześnie Odwoływający wniósł o uwzględnienie protestu i o niezwłoczne udostępnienie kserokopii wnioskowanej dokumentacji, jak również unieważnienie postępowania w całości na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 7 ustawy Pzp, gdyż prowadzone postępowanie łamie zasady zapisane w tym przepisie.

W dniu 19 lutego 2008 r. Odwoływający odebrał kserokopie żądanych dokumentów.

Pismem z dnia 20 lutego 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał protest oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 25 lutego 2008 r. EKOŚRODOWISKO Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 28 lutego 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie. Przedmiotowe pismo Odwoływający otrzymał faksem w tej samej dacie.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie ma interesu prawnego we wniesieniu protestu, gdyż nie określił na czym polega jego interes prawny naruszony przez Zamawiającego. Jednocześnie uznał za bezpodstawne zarzuty wniesione przez Odwołującego.

Pismem z dnia 4 marca 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ bezpośredni do Zamawiającego w tej samej dacie; wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 10 marca 2008 r.). Przedmiotowe odwołanie zostało nadane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w placówce pocztowej operatora publicznego także w dniu 4 marca 2008 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 7, art. 8 i art. 9 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania niezgodnie z zasadą jawności, zasadą równego i uczciwego traktowania wykonawców;
2. art. 86 ust. 4 i 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie podania podczas sesji otwarcia cen wszystkich złożonych ofert w całym zakresie zamówienia, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności;
3. art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 24 października 2007r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2007 r., Nr 202, poz. 1463) poprzez nie udostępnienie protokołu i ofert oraz innych przepisów wymienionych w uzasadnieniu odwołania.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tj. ze względu na to, iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 5 marca 2008 r. Zamawiający przekazał kopię odwołania uczestnikom postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, jednocześnie wzywając ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, protokół postępowania wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby uznał, iż Odwołujący nie posiada interesu prawnego do wniesienia środków ochrony prawnej w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie i żądania unieważnienia postępowania.

Z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wynika, iż środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać

uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Z powyższego należy wywieść, iż środek odwoławczy można wnieść jedynie wtedy, gdy wykonawca doznał uszczerbku w możliwości uzyskania zamówienia, nie zaś wtedy gdy doznał jakiegokolwiek uszczerbku. Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem „interes prawny wnoszącego środek odwoławczy musi doznać uszczerbku w konkretnym postępowaniu i polegać na tym, że traci on możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą” (wyrok SO w Warszawie z dnia 21.03.2005 r., w sprawie sygn. akt V Ca 2402/05; wyrok SO w Białymstoku z dnia 23.06.2006 r., w sprawie sygn. akt II Ca 342/06). W przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący złożył ofertę na zadanie B. W postępowaniu tym, w którym jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty jest cena (pkt 15.1 SIWZ) wpłynęły dwie oferty, a oferta Odwołującego zawiera niższą cenę (1.998.014,12 zł brutto) niż oferta konkurująca (7.481.236,16 zł brutto). W świetle powyższego Odwołujący nie tylko, że nie utracił możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, a nawet ma możliwość uzyskania zamówienia w zakresie zadania B.

Dlatego też brak jest podstaw do uznania, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia interesu prawnego Odwołującego.

Skład orzekający Izby rozpatrzył zarzuty z protestu oraz odwołania i ustalił co następuje:

Zarzut naruszenia art. 86 ust. 4 i 5 ustawy Pzp nie potwierdził się. Zgodnie z art. 86 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający podczas otwarcia ofert podaje między innymi informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji oraz warunków płatności zawartych w ofertach. Jak więc wynika z brzmienia powyższego przepisu Zamawiający jest zobowiązany podać te informacje jeżeli zostały one w tych ofertach zawarte. W przedmiotowym postępowaniu w ofertach, przygotowanych zgodnie z wzorem opracowanym przez Zamawiającego nie było informacji dotyczących gwarancji, warunków płatności, więc oczywistym jest, że zamawiający tych informacji nie odczytał. Natomiast termin wykonania był określony „zgodnie z rozdziałem VII SIWZ”.

Zamawiający w SIWZ pkt 15 „Opis kryteriów (...)” podpunkt 15.1. określił tylko jedno kryterium oceny ofert, którym jest cena. W tej sytuacji Zamawiający nie miał obowiązku podawania podczas otwarcia ofert innych informacji poza wyżej wskazanymi.

Odnosząc się do zarzutu niepodania terminu wykonania zamówienia należy stwierdzić, iż termin ten został już określony przez Zamawiającego w nazwie przedmiotowego postępowania: „Letnie i zimowe utrzymanie ulic na terenie miasta Chorzów w okresie 26 miesięcy od dnia podpisania umowy” oraz w pkt 5 SIWZ, w którym jako „pożądany termin wykonania zamówienia” Zamawiający wskazał: „26 miesięcy od dnia

podpisania umowy". Powyższe oznacza, iż termin ten nie był kryterium oceny ofert i był z góry określony przez Zamawiającego. Zapis § 4 umowy, stanowiącej załącznik nr 6 do SIWZ, jednoznacznie wskazuje, iż umowa będzie obowiązywać w określonych ramach czasowych „od dnia (...) do dnia (...)”, a jedynym ograniczeniem będzie wskazana w § 5 ust. 1 przedmiotowej umowy kwota brutto. Niemniej jednak to Zamawiający określił termin jej obowiązywania, jak i nie dopuścił w tym zakresie żadnych modyfikacji ze strony wykonawcy.

Warunki płatności zostały jednoznacznie określone przez Zamawiającego w § 6 przedmiotowej umowy: „zapłata wynagrodzenia nastąpi w terminie 30 dni od daty przedstawienia faktury VAT” po wcześniejszym spełnieniu wskazanych w nim wymogów. Zamawiający w tym zakresie nie pozostawił wykonawcom swobody w ich dowolnym określeniu.

Treść gwarancji określa gwarant. Skoro więc Zamawiający nie zawarł w SIWZ wymogu udzielenia gwarancji na przedmiot zamówienia zarzut niepodania na „Druku ZP – 12” informacji o gwarancji należy uznać za bezpodstawny.

Zamawiający, zarówno w pkt 15.1 SIWZ, jak i w załączniku nr 1 do SIWZ „Formularz ofertowy”, żądał podania całkowitej ceny brutto (strona 1 i 2 „Formularza”) obliczonej w oparciu o zestawienie zawarte, w tym „Formularzu”, przy czym wskazał, w jaki sposób należy obliczyć całkowitą cenę brutto oferty. Tak więc dla potrzeb przedmiotowego postępowania wystarczającym było odczytanie ceny ofertowej brutto ze strony 2 „Formularza”. Natomiast z art. 86 ust. 4 ustawy Pzp nie wynika obowiązek odczytywania cen wszystkich pozycji „Formularza cenowego”.

Nadto należy dodać, iż zapis punkt 13.5. SIWZ jest niewątpliwie zapisem odzwierciedlającym treść przepisu ustawy pzp, lecz nie dostosowanym do specyfiki przedmiotowego postępowania. Trudno bowiem żądać, aby Zamawiający odczytywał elementy, których nie przewidział bądź też, które narzucił wykonawcom.

Co prawda też dla większej jasności czytającego w Druku ZP-12 można byłoby w poszczególnych kolumnach odpowiednio zaznaczyć „zgodnie z SIWZ” lub „nie dotyczy”, jednakże brak takiej adnotacji nie wpływa na przebieg, ani wynik postępowania.

Zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 24 października 2007r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2007 r., Nr 202, poz. 1463) nie potwierdził się.

Wyżej powołany przepis ustawy Pzp wskazuje, iż oferty udostępniane są od chwili otwarcia. Ustawa nie wskazuje terminu, w jakim to należy uczynić. Przyjmuje się, iż należy to uczynić niezwłocznie. Powyższe jednak nie oznacza, że należy dokonać tego

natychmiast. Zamawiający ma bowiem obowiązek zweryfikowania oferty pod kątem ewentualnie zawartych w niej informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Bezspornym jest, iż Odwołujący otrzymał kserokopię żądanych ofert, które zgodnie z żądaniem protestu i w jego wykonaniu, zostały mu udostępnione w dniu 19 lutego 2008 r., przy czym fakt przekazania kserokopii ofert dopiero w tej dacie w żaden sposób nie naruszył sfery przysługujących Odwołującemu praw.

Zarzut nieudostępnienia protokołu został podniesiony dopiero w odwołaniu i jako nie poprzedzony protestem, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp nie może być przez Izbę rozpatrzony.

Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7, 8 i 9 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

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/~~postanowienie~~* - 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*