

Sygn. akt. KIO/UZP 25/07

WYROK
z dnia 4 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

**Członkowie: Izabela Kuciak
Marek Koleśnikow**

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach* 04.01.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Remontowo-Budowlany DANBUD Tadeusz Bąkowski ZPChr z siedzibą w Kleczewie, ul. Leśna 61** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Ślesin, ul. Kleczewska 15** protestu / protestów* z dnia 22.11.2007r.

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

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Zakład Remontowo-Budowlany DANBUD Tadeusz Bąkowski ZPChr z siedzibą w Kleczewie, ul. Leśna 51

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Zakład Remontowo-Budowlany DANBUD Tadeusz Bąkowski ZPChr z siedzibą w Kleczewie, ul. Leśna 51**
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez **xxx**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa prawnego
- 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 15.936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakład Remontowo-Budowlany DANBUD Tadeusz Bąkowski ZPChr z siedzibą w Kleczewie, ul. Leśna 51**

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Ślesin prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest budowa budynku mieszkalno komunalnego.

Pismem z dnia 15 listopada 2007 roku Zamawiający poinformował wykonawcę o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 roku, Nr 223, poz 1655). Zdaniem Zamawiającego niezgodność między projektem wykonawczym a przedmiarem robót polegająca na tym, iż przedmiar nie uwzględniał: budowy śmietnika, budowy placu zabaw wraz elementami małej architektury, posadzenia drzew, założenia trawników oraz budowy chodnika w kierunku placu zabaw, które to pozycje zawierał projekt wykonawczy skutkują niemożnością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 22 listopada 2007 roku Zakład Remontowo-Budowlany „DANBUD” Tadeusz Bąkowski Zakład Pracy Chronionej wniósł protest. W proteście podniósł zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 ustawy wyrażające się w bezpodstawnym unieważnieniu postępowania nieznajdującym uzasadnienia w przepisach prawa oraz w naruszeniu zasad uczciwej konkurencji. Protestujący domagał się uchylecia decyzji Zamawiającego i w konsekwencji, wobec faktu, iż pozostali wykonawcy ubiegający się o zamówienie zostali wykluczeni lub ich oferty zostały odrzucone, dokonania wyboru złożonej przez niego oferty.

W dniu 29 listopada 2007 roku Zamawiający oddalił protest. Dodatkowo wskazał, iż prowadząc postępowanie dopuścić się również innych naruszeń przepisów ustawy, co powinno skutkować unieważnieniem postępowania. Ponadto wywiódł, że wykonawca złożył protest po terminie związania ofertą i w związku z tym, nawet w przypadku uwzględnienia jego żądań nie jest możliwe zawarcie z nim ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego w dniu 4 grudnia 2007 roku Zakład Remontowo-Budowlany „DANBUD” Tadeusz Bąkowski Zakład Pracy Chronionej wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w proteście.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie dokumentacji postępowania, oferty złożonej przez Odwołującego oraz zeznań stron ustaliła następujący stan faktyczny.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 września 2007 roku pod numerem 176524-2007.

Termin składania ofert wyznaczono na dzień 19 października 2007 roku. Termin związania ofertą ustalony został w Części XVII ust. 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w ten sposób, że oferta wiąże do czasu podpisania umowy Zamawiającego z Wykonawcą, jednak nie dłużej niż 30 dni i jest zgodny z art. 85 ust. 1 pkt 1 ustawy. Komisja powołana przez Zamawiającego dokonała wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 7 listopada 2007 roku, jednak Zamawiający nie powiadomił wykonawców o wyniku postępowania. Informacje o unieważnieniu postępowania z dnia 15 listopada 2007 roku Odwołujący otrzymał w dniu 16 listopada 2007 roku.

Termin związania ofertą upływał w dniu 17 listopada 2007 roku. W postępowaniu Zamawiający nie zwrócił się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą. Wadium wniesione przez Odwołującego w formie gwarancji ubezpieczeniowej zabezpieczało ofertę do dnia 19 listopada 2007 roku (str. 12 i 13 oferty). Jego ważność nie została przez Odwołującego przedłużona.

W odwołaniu oraz na rozprawie Odwołujący potwierdził, iż termin związania ofertą upłynął.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba uznała, że wskazana przez Zamawiającego w piśmie z dnia 15 listopada 2007 roku niezgodność między projektem wykonawczym a przedmiarem robót polegająca na tym, iż przedmiar nie uwzględniał: budowy śmietnika, budowy placu zabaw wraz elementami małej architektury, posadzenia drzew, założenia trawników oraz budowy chodnika w kierunku placu zabaw, które to pozycje

zawierał projekt wykonawczy, nie znajduje potwierdzenia w dokonany przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ oraz projekcie umowy, opisie przedmiotu zamówienia. W żadnym z nich Zamawiający nie odwołuje się do projektu wykonawczego. Ponadto Zamawiający sam określił (formularz ofertowy – Rozdział IV pkt 1 SIWZ), iż wymaga aby oferowana cena odnosiła się do kosztorysów ofertowych/przedmiarów robót. Wymagania postawione przez Zamawiającego Odwołujący spełnił. Tym samym wskazana przez Zamawiającego przyczyna unieważnienia postępowania nie wyczerpuje żadnej z przesłanek określonych w art. 146 ust. 1 ustawy i nie uniemożliwiłaby zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba uznaje, iż, dodatkowe opisane przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w zakresie wskazania (w przedmiarze robót) producenta materiałów i urządzeń przy opisie przedmiotu zamówienia oraz sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie znajdują potwierdzenia w treści SIWZ. W Części II SIWZ Zamawiający zawarł postanowienie, iż „Przy doborze materiałów należy kierować się wymaganiami sprecyzowanymi w przedmiarach robót. Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów równoważnych oraz ujęcia ich w ofercie, a następnie zastosowanie tych materiałów i urządzeń w realizacji przedmiotu zamówienia.” Postanowienie Części XII ust. 3 lit. b SIWZ odnoszące się do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest zgodne z ustawą oraz odpowiada ustalonej przez orzecznictwo praktyce.

Izba stwierdza, że wskazane przez Zamawiającego przyczyny unieważnienia postępowania, nie uniemożliwiłyby zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W opisanym stanie rzeczy Zamawiający powinien liczyć się z nie tylko z koniecznością zwrotu Odwołującemu kosztów udziału w postępowaniu stosownie do art. 93 ust. 4 ustawy, ale też oceny czynności unieważnienia postępowania jako czynu określonego w art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005, Nr 14 ze zm.)

Art. 179 ust. 1 ustawy stanowi, iż środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Zarówno dotychczasowe orzecznictwo Zespołów Arbitrów, jak i Sądów Okręgowych jednoznacznie wskazuje, iż, uszczerbek polega na tym, iż wykonawca traci możliwość, aby złożona przez niego oferta została uznana za najkorzystniejszą a tym samym traci możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zatem w sytuacji, gdy nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca nie może skutecznie wywieść, iż posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia.

Postępowanie dowodowe przeprowadzone przez Izbę wykazało, iż wnosząc protest Odwołujący zachował termin określony w art. 180 ust. 2 ustawy w odniesieniu do czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania. Jednak zarówno wniesienie protestu jak i odwołania nastąpiło po upływie terminu związania ofertą.

Art. 94 ust. 1 ustawy stanowi, iż zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego przed upływem terminu związania ofertą. Odrębną regulację zawiera art. 94 ust. 1a ustawy, który pozwala na zawarcie umowy po upływie terminu, jeżeli kumulatywnie zostaną spełnione dwie przesłanki t.j. przed upływem terminu związania ofertą zamawiający przekazał informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykonawca wyrazi zgodę na zawarcie umowy na warunkach określonych w złożonej ofercie. Przepis ten ma charakter wyjątkowy i nie może być interpretowany rozszerzająco, w szczególności w sytuacji, gdy Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i w związku z tym nie powiadomił wykonawców o wyniku postępowania.

Art. 180 ust. 1 ustawy stanowi, że protest wnosi się wobec czynności zamawiającego oraz w przypadku zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest on zobowiązany na podstawie ustawy, zaś zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy protest powinien być wniesiony w terminie 7 dni od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W niniejszym postępowaniu aktem należytej staranności powinno być złożenie przez Odwołującego protestu na zaniechanie przez Zamawiającego zwrócenia się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w trybie art. 85 ust. 2 ustawy, ewentualnie na zaniechanie dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Złożenie protestu w terminie związania ofertą nastąpiłoby ze skutkiem zawieszenia biegu terminu związania ofertą (art. 181 ust.1 ustawy) i uniemożliwiłoby jej wygaśnięcie, w szczególności jeśli Wykonawca przedłużyłby jednocześnie ważność wadium wniesionego w postępowaniu.

Wskazanie ww. zaniechań Zamawiającego w treści odwołania jest spóźnione również z powodu nie podniesienia ich w proteście (art. 191 ust. 3 ustawy).

Złożone przez strony na rozprawie kopie wyroków Zespołów Arbitrów nie zostały uznane przez Izbę za dowód w postępowaniu. Wydane zostały w innym stanie prawnym i odnoszą się do innych stanów faktycznych.

Dokonane przez Izbę ustalenia wskazują, iż Odwołujący dopuszczając do wygaśnięcia złożonej przez siebie oferty nie zabezpieczył swego interesu prawnego w sposób umożliwiający skuteczne dochodzenie zawarcia umowy.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, nie uwzględniając kosztów Zamawiającego z tytułu zastępstwa procesowego ponieważ nie przedłożył on do akt sprawy rachunku zgodnie z par. 4 ust.1 pkt 2 Rozporządzenia z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*