

POSTANOWIENIE

z dnia 10 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 10 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Firmę HALLER S.A. ul. Obroki 133, 40-833 Katowice

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Związek Gmin Jeziora Rożnowskiego

Gródek nad Dunajcem nr 54, 33-318 Gródek nad Dunajcem

protestu z dnia 8 sierpnia 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego się oraz wspólnie ubiegających się o zamówienie XXX – po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. odrzuca odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Firmę HALLER S.A. ul. Obroki 133, 40-833 Katowice 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 uiszczanego przez Firmę HALLER S.A. ul. Obroki 133, 40-833 Katowice,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
- 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 Firmy HALLER S.A. ul. Obroki 133, 40-833 Katowice.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *rekultywację zbiorników Czchów – Rożnów w miejscowości Bartkowa ETAP II*, 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), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 18 kwietnia 2008 r. pod numerem 79709.

1 sierpnia 2008 r. Odwołujący dowiedział się o odrzuceniu wszystkich złożonych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz unieważnieniu postępowania z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu, tj. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podwodem odrzucenia wszystkich ofert było to, iż w załączniku nr 3, tabela C zostały podane podmioty, które będą wykonywać zamówienie, pomimo iż Zamawiający nie dopuszczał powierzenia podwykonawcom

wykonania robót (rozdz. II pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenie oraz odpowiedź na pytanie dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 2 maja 2008 r.). Zamawiający stwierdził także, iż dokonując powyższej czynności kierował się wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 10 lipca 2008 r. sygn. KIO/UZP 645/08 i 660/08.

8 sierpnia 2008 r. Odwołujący wniósł protest podnosząc zarzuty w stosunku do:

- 1) czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz unieważnieniu postępowania,
- 2) zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których był zobowiązany na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych polegającego na niedokonaniu czynności bezprawnie zaniechanych po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu – art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej

co narusza art. 2 pkt 5, art. 7, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 1, art. 183 ust. 5 pkt 2 i art. 191 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Odwołujący zażądał:

1. unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i unieważnienia odwołania,
2. dokonania czynności bezprawnie zaniechanych, tj. wezwania do uzupełnienia zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
3. podjęcia czynności zgodnie z wyrokiem KIO/UZP 645/08 i 660/08,
4. uwzględnienia protestu w całości.

Odwołujący nie znalazł podstaw do takiego zachowania Zamawiającego – podjętego wbrew częściowemu uwzględnieniu przez siebie protestu z 12 czerwca 2008 r. w zakresie zarzutu dot. art. 26 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie błędnej interpretacji wyroku KIO, którym KIO

nie znalazła podstaw do unieważnienia postępowania. Zamawiający odrzucając wszystkie oferty doprowadził do stanu postępowania, który pozwolił na jego unieważnienie – natomiast nie takie ustalenia i wskazania podano w wyroku i zawartej w nim wypowiedzi „w toku ponownej oceny ofert w wyniku wykonania wyroku KIO oraz rozstrzygnięcia protestu Protestującego z dnia 12.06.2008 r., Zamawiający powinien wziąć pod uwagę ustalenia KIO w zakresie określenia informacji z tabeli C załącznika nr 3 i zakazu podwykonawstwa w postępowaniu, w taki sposób, aby ocena ta nie doprowadziła do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu.”

Zdaniem Odwołującego z wypowiedzi składu orzekającego wynika, iż ponowna ocena jego oferty musi honorować treść rozstrzygnięcia protestu i wydanego wyroku KIO – czyli dotyczy to uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także, iż Zamawiający powinien mieć na względzie zakaz podwykonawstwa określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako pryzmat oceny zapisów w tabeli C zał. nr 3. Natomiast kierując się dyrektywą składu orzekającego dot. zasady równości Zamawiający uznał arbitralnie, że treść żadnej z sześciu ofert nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z powodu złamania zakazu podwykonawstwa wykonania robót i pod pozorem zachowania zasady równego traktowania wykonawców wszystkie złożone oferty potraktował w sposób nierzetelny, automatyczny i sprzeczny z rozumieniem instytucji podwykonawstwa. Odwołujący tymczasem nie złamał zakazu podwykonawstwa, a więc jego oferta nie jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie podlega odrzuceniu. Odwołujący wskazał jedynie podmiot gospodarczy, który dostarczy wybrane materiały (towary) tj. materiały do robót hydrotechnicznych, siatki do koszy i materace – nie oznacza to jednak powierzenia dostawcy zrealizowania jakiegokolwiek zakresu robót. Odwołujący dość szeroko argumentuje różnicę pomiędzy dostawami a robotami budowlanymi, w stosunku do których pojawia się pojęcie podwykonawcy (tytuł XVI kodeksu cywilnego).

Należy rozróżnić pojęcie „dostawcy” i „podwykonawcy” – dostawa ww. materiałów stanowi czynność wykraczającą poza zakres przedmiotu zamówienia, zatem dostawca materiałów nie może być podwykonawcą.

Odwołujący powołał się też na wyrok KIO o sygn. KIO/UZP 644/08 wydany w innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, w którym skład orzekający Izby wypowiada się o stosowaniu przez Zamawiającego pojęcia podwykonawcy.

14 sierpnia 2008 r. Zamawiający protest oddalił przedstawiając następujące argumenty.

Nie był on zobowiązany do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, ponieważ pomimo ewentualnego uzupełnienia oferta i tak podlegałaby odrzuceniu. Z orzeczenia KIO również wynika jedynie, że Zamawiający jest zobowiązany do dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert. Z sentencji nie wynika także, by Zamawiający był zobowiązany do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Zgodnie z wyrokiem Zamawiający dokonał ponownego badania i oceny ofert i uznał, że wszystkie oferty podlegają odrzuceniu.

Z uzasadnienia wyroku wynika, iż KIO uznała, iż z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że żadna z części zamówienia, w tym dostawa głównych materiałów nie mogła być powierzona podwykonawcom. Skoro zatem Odwołujący wskazał podwykonawców jego oferta, podobnie jak wszystkie oferty złożone w postępowaniu nie spełniają warunków określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tak więc, nawet gdyby wezwać Odwołującego, zgodnie z uwzględnieniem protestu z 12 czerwca 2008 r., i tak należałoby jego ofertę odrzucić.

Skoro bowiem żaden z wykonawców nie złożył protestu wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy uznać, że każdy z nich godził się z warunkami udziału w postępowaniu, czyli m.in. obowiązkiem samodzielnej realizacji zamówienia i zakazu korzystania z zewnętrznych dostawców materiałów.

Wobec powyższego oddalenia protestu 19 sierpnia 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym powtórzył zarzuty, żądania oraz argumentację zawartą w proteście.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu, treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 645/08 i 660/08 skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje: odwołanie podlega odrzuceniu.

Zgodnie z dyspozycją art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że odwołanie, wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczy czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Jak wynika z art. 182 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku wniesienia odwołania protest jest ostatecznie rozstrzygnięty z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku Izby, albo z dniem wydania wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie przez sąd okręgowy, o którym mowa w art. 195 ust. 1, albo z upływem terminu do wniesienia skargi, o którym mowa w art. 195 ust. 2, jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro, a dla dostaw lub usług – 10.000.000 euro.

W przedmiotowej sprawie zachodzi sytuacja wskazana art. 182. ust. 2 pkt 3 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po przeanalizowaniu treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 645/08 i 660/08, który był podstawą powtórzenia czynności ponownego badania i oceny ofert wyraźnie wynika, iż Zamawiający dokładnie odczytał i wykonał zalecenia składu orzekającego Izby wynikające z uzasadnienia wyroku. Natomiast unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych było już tylko ustawową konsekwencją dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert skutkującej koniecznością ich odrzucenia. W związku z powyższym ustawa Prawo zamówień publicznych, zgodnie z treścią art. 26 ust. 3, nie przewiduje możliwości uzupełnienia dokumentów – w sytuacji, gdy oferta podlega odrzuceniu lub konieczne jest unieważnienie postępowania.

Odrzucenie odwołania, w przypadku stwierdzenia zaistnienia którejs z przesłanek wymienionych w art. 187 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest obowiązkiem składu orzekającego Izby i w związku z tym skład orzekający Izby nie może merytorycznie odnieść się do zarzutów, które były rozpatrzone już przez inny skład orzekający Izby. Wobec powyższego 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) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Nowym Sączu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....