

Sygn. akt KIO/UZP 136/08

WYROK
z dnia 5 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk - Mazuś

Członkowie: Izabela Niedziałek
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 03.03.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stolarczyk Mirosław PUH, Metz Aerials GmbH & Co. KG, Kielce, ul. Ściegiennego 268a**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej Olsztyn, Olsztyn, ul. Niepodległości 16** protestu z dnia 07.02.2008r.

orzeka

1 . Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stolarczyk Mirosław PUH, Metz Aerials GmbH & Co. KG, Kielce, ul. Ściegiennego 268a**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Stolarczyk Mirosław PUH, Metz Aerials GmbH&Co KG, Kielce, ul. Ściegiennego 268a.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3714 zł 70 gr (słownie: trzy tysiące siedemset czternaście złotych siedemdziesiąt groszy) przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stolarczyk Mirosław PUH, Metz Aerials GmbH & Co. KG, Kielce, ul. Ściegiennego 268a** na rzecz **Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej Olsztyn, Olsztyn, ul. Niepodległości 16**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego oraz kosztów dojazdu.
- 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 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Stolarczyk Mirosław PUH, Metz Aerials GmbH&Co KG, Kielce, ul. Ściegiennego 268a.**

Uzasadnienie

W odwołaniu wniesionym w dniu 15.02.2008r. (data złożenia odwołania w urzędzie pocztowym Kielce 1) od rozstrzygnięcia protestu przez jego oddalenie,

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

- 1) Mirosław Stolarczyk Przedsiębiorstwo Usługowo- Handlowe z siedzibą w Kielcach,
 - 2) Metz Aerials GmbH & Co, KG z siedzibą w Karlsruhe Deutschland – Germany,
- zarzucił Zamawiającemu – Komendzie Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Olsztynie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655).

Naruszenie przepisów polegało na czynnościach podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa samochodu ratownictwa wysokościowego: samochodu z drabiną automatyczną o wysokości ratowniczej 30m (SCD-30)”. W wyniku ponownej oceny ofert, nakazanej wyrokiem KIO z dnia 24.01.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 107/07 Zamawiający:

- 1) odrzucił ofertę Odwołującego naruszając art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 92 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 5 kc,
- 2) unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, iż sytuacja, w której kwota zaproponowana przez Odwołującego przewyższa kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia prowadzi do wniosku, iż Odwołujący nie ma interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej, Odwołujący ma interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Czynność w postaci ewentualnego unieważnienia postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, następuje dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, więc na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołujący ma interes prawny w domaganiu się ochrony prawnej.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, iż oferta Odwołującego nie zawiera wszystkich wymaganych informacji w drugiej rubryce tabeli pt. Wykaz parametrów technicznych. Nie wskazał jednak, które pozycje z tej rubryki uważa za nie spełniające wymagań. Stwierdził, że w informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający podał uzasadnienie faktyczne poprzez poinformowanie, że odrzucenie oferty nastąpiło z powodu niezgodności jej treści z SIWZ.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób lakoniczny uzasadnił swoją czynność i uniemożliwił Odwołującemu skuteczną obronę jego praw. Postępowanie to narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nadużył prawa w znaczeniu, jakie temu pojęciu nadaje art. 5 kc., zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Odwołujący podał, że jego oferta nie powinna zostać odrzucona i jako jedna prawidłowa oferta w postępowaniu nie podlegająca odrzuceniu, powoduje, że brak jest podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art.93 ust.1 pkt 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- 3) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało poprzedzone protestem.

Zamawiający rozstrzygnął protest uznając, że jest bezzasadny. W uzasadnieniu swojego stanowiska podał, że wykonał wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 107/07. Zamawiający powołał się na uzasadnienie wyroku, w którym jego zdaniem wyraźnie wskazano: „ ...Pozostałe zarzuty odwołania, dotyczące niepodania przez Przystępującego w ofercie, w załączonej do formularza ofertowego tabeli, typów i nazw producenta (...) również należy uznać za zasadne, ponieważ wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ nie zostały spełnione, i bezpodstawny jest argument podnoszony przez Zamawiającego, że akurat w tych rubrykach podanie typów i producentów nie miało dla niego istotnego znaczenia. (...) nie podano wszystkich informacji wymaganych w drugiej rubryce tabeli” (str. 5 uzasadnienia wyroku). Zamawiający stwierdził, że KIO wyraźnie wskazała, że oferta firmy FIRE-MAX Sp. z o.o. nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ, a tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zdaniem Zespołu Orzekającego treść oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ, bowiem nie zawiera wszystkich wymaganych od Wykonawcy elementów. Ponieważ Izba nakazała powtórny ocenę obydwu ofert, zdaniem Zamawiającego, należało konsekwentnie przeanalizować drugą (Odwołującego) ofertę.

Ponadto Zamawiający podniósł, że KIO stwierdziła, „ iż przy powtórnej ocenie ofert Zamawiający powinien zastosować te same zasady oceny ofert u obu wykonawców”.

Zamawiający ocenił, że w ofercie Odwołującego nie podano wszystkich informacji wymaganych w drugiej rubryce tabeli pt. Wykaz parametrów technicznych, wobec tego

stosując się do ustaleń KIO, zobowiązany był ofertę odrzucić. Na zakończenie stwierdził, że interes prawny Odwołującego jest wątpliwy, bowiem oferowana przez niego cena przewyższa kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i tak skutkowałby unieważnieniem postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, dopuszczonych do czynności formalnoprawnych i sprawdzających, mających na celu ustalenie czy nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art.187 ust. 4, w szczególności wskazanych także przez Zamawiającego pkt 5 i 6 Pzp ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie wskazanych przepisów. Odwołujący nie powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie odwołania zakończonego wydaniem wyroku w dniu 24 stycznia 2008 r. sygn.akt KIO/UZP 107/07(pkt 5). Rozpoznając ówczesne odwołanie Izba rozstrzygała w zakresie zgodności oferty z SIWZ w przedmiocie parametrów technicznych, ale dotyczyło to tylko oferty firmy FIRE-MAX Sp. z o.o., wybranej pierwotnie jako oferta najkorzystniejsza. Nie była przedmiotem rozstrzygnięcia Izby zgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Również brak było podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie pkt 6. Ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (wyrok KIO) nakazano Zamawiającemu powtórna ocenę ofert, jednakże ustalenia dotyczące parametrów technicznych wskazane zostały przez KIO tylko w zakresie oferty firmy FIRE-MAX Sp. z o.o. Zalecenia KIO zawarte w wyroku z dnia 24 stycznia 2008 r., wskazujące sposób rozstrzygnięcia merytorycznego dotyczyły oferty wybranej (FIRE-MAX Sp. z o.o.). Ocena merytoryczna oferty Odwołującego miała być dokonana po raz pierwszy, w wyniku przywrócenia tej oferty do postępowania, na mocy wyroku KIO z dnia 24 stycznia 2008 r.

KIO na podstawie § 16 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz.U. Nr 187, poz. 1327), po sprawdzeniu skuteczności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, postanowiła o niedopuszczeniu do udziału firmy FIRE-MAX Sp. z o. o. w tym postępowaniu z uwagi na fakt, że Wykonawca nie spełnił jednej z przesłanek określonych w art.184 ust.4 Pzp, a mianowicie nie był uczestnikiem postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, w szczególności postępowania dowodowego z dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego, dowodów złożonych na rozprawie i wysłuchaniu wyjaśnień stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołującemu przysługuje prawo do środków ochrony prawnej, bowiem posiada interes prawny, o którym stanowi art.179 ust.1 Pzp.

Wysokość kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art.86 ust. 3 Pzp) lub kwoty, jaką w konsekwencji może przeznaczyć na jego sfinansowanie (art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp), a także ewentualne wystąpienie przesłanek odrzucenia oferty, nie mają wpływu na legitymowanie się posiadaniem interesu prawnego wykonawcy.

Oceniając odwołanie w granicach protestu Izba uznała, że odwołanie nie może być uwzględnione.

Zamawiający został zobligowany wyrokiem KIO z dnia 24 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 107/07 do dokonania „powtórnej oceny ofert”. W uzasadnieniu wyroku (str. 5) Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione w odwołaniu przez obecnego Odwołującego, dotyczące niepodania w ofercie przez wykonawcę FIRE-MAX Sp. z o.o.(którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą i którego oferta była podważana w zakresie jej zgodności z treścią SIWZ przez Odwołującego), w załączonej do formularza ofertowego tabeli, typów i nazw producenta (pkt 1,6, 1.22, 3.1, 3.34, 6.1 załącznika nr 1), należy uznać za zasadne, ponieważ wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ nie zostały spełnione, i bezpodstawny jest argument podnoszony przez Zamawiającego, że akurat w tych rubrykach podanie typów i producentów nie miało dla niego istotnego znaczenia. A więc Izba uznała, że co do zasady, tabela stanowiąca załącznik nr 2 do formularza ofertowego miała być wypełniona przez wykonawców, zgodnie z opisem dokonany przez Zamawiającego, niezależnie od faktu, że Zamawiający stwierdził gotowość odstąpienia od egzekwowania opisu w kolumnie 2 załącznika nr 2, podczas oceny ofert, w sposób jednakowy wobec dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty.

Wskazane w wyroku zasady oceny załącznika nr 2 pt. Wykaz parametrów technicznych, w drugiej kolumnie, którą wypełnia wykonawca, ustalone zostały w kontekście zarzutów dotyczących wybranej oferty złożonej przez firmę FIRE-MAX Sp. z o.o. i dotyczyły tej oferty, jednak w uzasadnieniu wyroku na 5 str. KIO stwierdziła, że niepodanie wszystkich informacji wymaganych w drugiej rubryce tabeli, należy ocenić, jako podstawę niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Ponadto, Izba zaleciła: "Wskazać należy, iż przy powtórnej ocenie ofert Zamawiający powinien zastosować te same zasady oceny ofert u obu wykonawców (art. 7 ust. 1pzp)".

Powyższe zobowiązanie Zamawiającego oznaczało, że Zamawiający dokonując powtórnej oceny ofert lecz oceniając po raz pierwszy, pod względem merytorycznym, ofertę Odwołującego miał również obowiązek odrzucenia tejże oferty, o ile w załączniku nr 2 w drugiej kolumnie wypełnianej przez Odwołującego, nie zostały zamieszczone opisy wymagane przez Zamawiającego. A więc oferta Odwołującego mogła być oceniona jako oferta spełniająca wymagania SIWZ, o ile zawierała: opisanie zastosowanego rozwiązania z

podaniem parametrów technicznych, określenie typu i producenta proponowanych urządzeń i wyposażenia oraz miejsca zamocowania w pojeździe oraz oferowanych ilości.

W załączniku do protokołu z dnia 31.01.2008 r. (dokument komisji przetargowej) Zamawiający stwierdził braki w ofercie Odwołującego w załączniku nr 2 Wykaz parametrów technicznych w zakresie podania typu i producenta proponowanych urządzeń i wyposażenia, wskazania miejsca zamocowania ich w pojeździe.

Wobec stwierdzonych braków, Zamawiający miał obowiązek dokonać oceny oferty, zgodnie z zaleceniami KIO, zawartymi w wyroku z dnia 24 stycznia 2008 r.

Podkreślić przy tym należy, że żaden z uczestników postępowania odwoławczego nie kwestionował wskazanego wyroku KIO. Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu mieli podstawy wnioskować z treści wyroku, w jaki sposób zakończy się powtórna ocena ofert.

W ocenie Izby rozpoznającej przedmiotowe odwołanie, nie mogły być uwzględnione wyjaśnienia Odwołującego, iż nie ma potrzeby podawania wymaganych w załączniku nr 2, a zakwestionowanych z powodu braku w ofercie opisów i określeń, skoro jest oczywiste, że pewne części urządzenia stanowią nierozłączną część poszczególnych elementów lub stanowią integralną część urządzenia. Zamawiający wyjaśnił, że zarówno np. lampy sygnalizacyjne, czy kamera monitorująca martwą sferę, bądź latarki akumulatorowe, jak też wiatromierze czy reflektory mogą pochodzić od różnych producentów. Zamawiający wskazał w 1 kolumnie załącznika nr 2 swoje wymagania, natomiast wykonawcy mieli skonkretyzować te wymagania poprzez dokonanie opisu, zgodnie z tytułem kolumny 2. W odrzuconej ofercie w zakwestionowanych pozycjach Odwołujący w zasadzie powtórzył wymagania Zamawiającego, poza wskazaniem nazwy Survivor w poz. 1.22 drugiej kolumny.

Odwołujący był uczestnikiem pierwotnego postępowania odwoławczego, również odwołującym się w tamtej sprawie i znał przebieg ówczesnego postępowania dowodowego wraz z jego końcowymi ustaleniami, dotyczącymi sposobu oceny spełnienia parametrów technicznych przedmiotu zamówienia.

Zatem KIO uznała, że Zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów prawnych dokonując powtórnej oceny ofert.

W przypadku niezgodności treści oferty z treścią SIWZ Zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W razie zaś braku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego chociażby jednej oferty nie podlegającej odrzuceniu, przepis art. 93 ust 1 pkt 1 Pzp zobowiązuje Zamawiającego do unieważnienia postępowania.

Błąd niewątpliwy Zamawiającego polega na tym, że nie podał w piśmie z dnia 31 stycznia 2008 r., tj. zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, pełnego wykazu braków w ofercie Odwołującego. Błąd ten jednak nie może stanowić podstawy uwzględnienia odwołania, bowiem art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazuje Zamawiającemu zawiadomić wykonawców, którzy

złożyli oferty o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, przy czym przepis nie precyzuje zakresu uzasadnienia faktycznego.

Z uwagi na fakt, że merytoryczna ocena oferty Odwołującego, dokonana przez Zamawiającego, nie budzi wątpliwości w kontekście wyroku KIO z dnia 24 stycznia 2008 r., Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie art.191 ust.1 Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust 6 i 7 Pzp., z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów Zamawiającego związanych z dojazdem na posiedzenie Izby w kwocie 114,70 zł. oraz stanowiących wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.- § 4 ust.1 pkt 2 lit. a, 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).

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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*