

Sygn. akt. KIO/UZP 264/08

WYROK
z dnia 8 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Izabela Kuciak
Grzegorz Mazurek

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu / w ~~dniach~~* 08.04.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Toruńskie Zakłady Graficzne „Zapolex” Sp. z o.o., ul. Gen. Sowińskiego 2/4, 87-100 Toruń** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Redakcję Wojskową z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa** protestu / protestów* z dnia 14 marca 2008 r.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Redakcję Wojskową z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa** 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 **Toruńskie Zakłady Graficzne „Zapolex” Sp. z o.o., ul. Gen. Sowińskiego 2/4, 87-100 Toruń**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7.663 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt trzy złote zero groszy) przez **Redakcję Wojskową z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa** na rzecz **Toruńskich Zakładów Graficznych „Zapolex” Sp. z o.o., ul. Gen. Sowińskiego 2/4, 87-100 Toruń**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania, w tym 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 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Toruńskich Zakładów Graficznych „Zapolex” Sp. z o.o., ul. Gen. Sowińskiego 2/4, 87-100 Toruń**

U z a s a d n i e

Zamawiający – Redakcja Wojskowa z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie druku tygodnika „Polska Zbrojna” - część I zamówienia”, w trybie przetargu nieograniczonego za numerem 1/2008.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 22 stycznia 2008 r. za numerem: 2008 / S 14 - 017385.

Zamawiający dnia 28 lutego 2008 roku, poinformował Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Dnia 6 marca 2008 roku Wykonawca – DRUKARNIA PERFEKT S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł protest na rozstrzygnięcie przez Zamawiającego postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej w części I zamówienia – firmy TRANS-DRUK Szelińscy i Rosińscy Sp. j. z siedzibą w Koninie zarzucając ofercie rażąco niską cenę oraz wybór oferty firmy BELLONA S.A. z siedzibą w Warszawie w części II zamówienia. Protestujący, w zakresie części II zamówienia zarzucił Zamawiającemu brak podstaw do wyboru części oferty, tj. tylko w zakresie części II zamówienia w sytuacji, gdy oferta BELLONA S.A. obejmowała całość przedmiotu zamówienia, tj. część I i II przedmiotu zamówienia łącznie.

Protestujący wniósł o powtórzenie czynności wyboru oferty i wybór jako najkorzystniejszej oferty firmy BELLONA S.A. w całości.

Dnia 11 marca 2008 roku Zamawiający przesłał faksem kopię protestu wniesionego w dniu 6 marca 2008 roku. Przesłana kopia protestu nie zawierała wezwania wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu, co zdaniem Protestującego, stanowi wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 12 marca 2008 roku Zamawiający odrzucił protest na podstawie przepisu art. 180 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, powołując się na fakt, iż wniósł go podmiot nieuprawniony.

Dnia 14 marca 2008 roku, Odwołujący – firma Toruńskie Zakłady Graficzne „ZAPOLEX” Sp. z o.o. wniósł protest na zaniechanie wezwania,

przez Zamawiającego, wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu przez DRUKARNIĘ PERFEKT S.A. z siedzibą w Warszawie, a także uchybienie terminowi zawiadomienia wykonawców uczestniczących w postępowaniu o fakcie wniesienia protestu.

Protestujący - Toruńskie Zakłady Graficzne „ZAPOLEX” Sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 181 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także uchybienie zawiadomienia wykonawców uczestniczących w postępowaniu o fakcie wniesienia protestu, żądając unieważnienia postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pismem z dnia 19 marca 2008 roku Zamawiający poinformował Protestującego - Toruńskie Zakłady Graficzne „ZAPOLEX” Sp. z o.o., że protest został oddalony. W uzasadnieniu oddalenia wskazał, że twierdzenie Protestującego, iż oferty konkurencyjnych firm zawierają rażąco niskie (dumpingowe), zdaje się być subiektywną opinią Wykonawcy, ponieważ nie przytacza żadnych dokumentów uzasadniających postawioną tezę. Ponadto, w przedmiotowym postępowaniu przetargowym Wykonawca - Toruńskie Zakłady Graficzne „ZAPOLEX” Sp. z o.o. zaoferował kwotę, której Zamawiający nie mógł przyjąć z uwagi na niewystarczające środki przeznaczone na realizację zamówienia. Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający stwierdził, że przystąpienie Wykonawcy do toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez DRUKARNIĘ PERFEKT S.A. postępowania, nie miałyby wpływu na ostateczne rozstrzygnięcie. Zdaniem Zamawiającego, nie doszło więc do naruszenia interesu prawnego Protestującego, przez co protest uznaje się za niezasadny.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący, który w dniu 20 marca 2008 roku wniósł odwołanie od oddalenia protestu, zarzucając Zamawiającemu naruszenia przepisu art. 181 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także uchybienie zawiadomienia wykonawców uczestniczących w postępowaniu o fakcie wniesienia protestu, żądając unieważnienia postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazuje, że ma interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż złożył skutecznie swoją ofertę na część I zamówienia – Wykonanie druku tygodnika „Polska Zbrojna”. W przypadku gdyby Odwołujący został wezwany do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu przyłączyłby się do niego, gdyż przychyła się do stanowiska Protestującego i uważa, że zarówno oferta TRANS-DRUK Szelińscy i Rosiński Sp. j. z siedzibą w Koninie, która została wybrana, jak i oferta firmy POLIGRAFIA D&N z siedzibą w Gliwicach, zawierają cenę rażąco niską (dumpingową) i jako takie podlegają odrzuceniu przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W przypadku zgodnego z przepisami zachowania Zamawiającego Protestujący wygrałby przetarg na część I zamówienia, gdyż jego oferta byłaby najkorzystniejsza. Ponadto zaniechanie przez Zamawiającego wezwania odwołującego do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu, a następnie odmowa unieważnienia postępowania, zgodnie z uzasadnionym wnioskiem Odwołującego narusza jego elementarne prawa, a także jest sprzeczne z obowiązującymi przepisami.

Po zapoznaniu się z oryginalną dokumentacją przetargową oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie Izba ustaliła, że odwołanie podlega uwzględnieniu.

Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec treści ogłoszenie o zamówieniu, czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania oraz w przypadku zaniechania przez Zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy, można wnieść protest do Zamawiającego. Wniesienie protestu po upływie terminu składania ofert skutkuje zawieszeniem biegu terminu związania ofertą do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. Zamawiający w przypadku wniesienia protestu po upływie terminu składania ofert, zobowiązany jest, na podstawie przepisu art. 181 ust. 2 ustawy Pzp niezwłocznie poinformować wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą oraz na podstawie przepisu art.

181 ust. 3 ustawy Pzp do niezwłocznego przekazania kopii wniesionego protestu wszystkim Wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia wzywając Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Zamawiający obowiązkom tym uchybił, czym naruszył podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, w tym zasadę uczciwej konkurencji określoną w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykonawca, któremu odebrano prawo do bycia uczestnikiem postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zwrócić tutaj uwagę należy na fakt, iż Wykonawca przyłącza się do postępowania, a nie do samego protestu. Oznacza to, że przystępujący do postępowania protestacyjnego może poprzeć zarzuty zgłaszane przez innego wykonawcę, ale również może poprzeć stanowisko Zamawiającego. Uczestnikiem postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu stają się Wykonawcy, którzy w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania, o którym mowa w art. 181 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro więc Zamawiający uchybił obowiązkom określonym w art. 181 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych to ograniczył możliwości Wykonawców do skutecznego uczestniczenia w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Mimo występujących na gruncie dotychczasowych uregulowań wątpliwości, co do możliwości ograniczenia obowiązku Zamawiającego powiadamiania Wykonawców o złożeniu protestu kwalifikującego się do odrzucenia, ustawodawca nie przewidział odrębnego rozwiązania w tej kwestii. Zamawiający obowiązany jest przekazać kopię każdego protestu, informując o zawieszeniu terminu związania oferta oraz wzywając wszystkich Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Zamawiający obowiązany jest dokonać czynności określonych w przepisach art. 181 ust. 2 i 3 ustawy Pzp niezwłocznie, tj. w terminie niedookreślonym w ustawie. Jednakże przyjąć należy, że termin „niezwłocznie” powinien oznaczać „natychmiast”, „najszybciej jak to możliwe”, a nawet „tego samego dnia”, czy „nie później niż dnia następnego”. Dlatego też

zarzut dotyczący uchybienia temu terminowi wydaje się być zasadny, dlatego też Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego w tym zakresie, gdyż 5 dniowy termin zawiadomienia o wniesionym proteście uznać należy za uchybienie dotyczące niezwłocznego przekazania informacji i wezwania jw.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przepisu art. 181 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba w pełni popiera stanowisko Odwołującego. Jak słusznie zauważył Odwołujący, brak możliwości udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu skutecznie narusza jego elementarne prawa, a także jest sprzeczne z obowiązującymi przepisami. Jak słusznie zauważył Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 12 stycznia 2007 roku sygn. akt UZP/ZO/0-3074/06 *„W przypadku wniesienia protestu, obowiązkiem zamawiającego jest niezwłoczne jego przekazanie wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także wezwanie ich do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Wezwanie, o którym mowa w cytowanym przepisie, musi być wyraźnie wyartykułowane w stosownym piśmie Zamawiającego. Przepis ten wyraźnie adresowany jest do zamawiającego i nakazuje mu dokonać czynności polegającej na wezwaniu wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu. Obowiązek ten koresponduje z dalszymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczącymi postępowania uregulowanego w jej dziale VI. Od daty skutecznego wezwania wykonawców bieżą stosowne terminy określone w art. 181 ust. 4 do przyłączenia się do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Niewątpliwie instytucja wezwania do udziału w postępowaniu protestacyjnym ma zasadnicze znaczenie w procesie konsolidacji postępowań protestacyjno odwoławczych i w intencji ustawodawcy ma sprzyjać rozstrzygnięciu sporów na tle udzielania zamówień publicznych z udziałem zainteresowanych sprawą wykonawców”.*

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, co na rozprawie przyznał również Zamawiający, że poza sporem jest, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający tego obowiązku nie wykonał. W tej sytuacji za niemające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy należy uznać zgłoszone pod adresem Odwołującego zarzuty braku należytej aktywności w

postępowaniu, a zwłaszcza samodzielnego korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. samodzielnego złożenia protestu.

Za niezasadną uznać należy również argumentację Zamawiającego dotyczącą faktu, iż nawet w przypadku uznania, że przystąpienie Odwołującego do toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez DRUKARNIĘ PERFEKT S.A. byłoby skuteczne, to nie miałyby wpływu na ostateczne rozstrzygnięcie postępowania, gdyż Odwołujący zaoferował kwotę, której Zamawiający nie mógł przyjąć z uwagi na niewystarczające środki przeznaczone na realizację zamówienia. Stanowisko doktryny jak i orzecznictwo w zakresie możliwości skutecznego wniesienia protestu, z zachowaniem wymogów określonych w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wykazania interesu prawnego jest jednoznaczne. Wynika to z faktu, iż do czynności podejmowanych przez Zamawiającego oraz uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się, w sprawach nie uregulowanych ustawą, przepisy Kodeksu cywilnego (art. 14 ustawy Pzp). I właśnie ten cywilistyczny charakter ustawy przesądza, iż interes prawny to zarówno interes majątkowy, jak i niemajątkowy. Nie jest też konieczne doznanie uszczerbku w interesie prawnym – wystarczające jest samo jego zagrożenie. W wyroku z dnia 19 grudnia 2006 roku sygn. akt UZP/ZO/0-2938/06 Zespół Arbitrów orzekł iż fakt, że wartość oferty Odwołującego przekracza wysokość środków, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie przesądza o braku interesu prawnego Odwołującego na tym etapie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem KIO zaniechanie wezwania wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesionego protestu należy uznać za istotną wadę postępowania, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a co za tym idzie stanowi przesłankę skutkującą unieważnieniem całego postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. W takiej bowiem sytuacji zawarta umowa byłaby nieważna z uwagi na treść art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niewątpliwie bowiem zaniechanie wezwania, o którym mowa w art. 181 ust. 3 ustawy Prawo zamówień

publicznych, stanowi takie naruszenie, które ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych oraz na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 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. Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uwzględnił wniosek Odwołującego w sprawie zasądzenia kosztów zastępstwa prawnego w wysokości kwoty określonej w przedłożonej do akt sprawy faktury VAT.

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 Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*