

Sygn. akt: KIO/UZP 64/07

KIO/UZP 74/07

KIO/UZP 76/07

WYROK
z dnia 21 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Izabela Kuciak
Stanisław Sadowy

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* 15 stycznia 2008 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **9 stycznia 2008 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. Firma „Kaszub” Dariusz Kaszuba, Kiełpino, ul. Kolejowa 4 (KIO/UZP 64/07)

B. RYMIX-BIS S.A., Warszawa, ul. Górczewska 179a (KIO/UZP 74/07),

C. Marek Piotrowicz F.W. „POLCOURT”, Gostynin, ul. Floriańska 11 (KIO/UZP 76/07)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Burmistrza Miasta Nowy Dwór Mazowiecki, Nowy Dwór Mazowiecki, ul. Zakroczymska 30** protestów z dnia 3.12.2007r, 4.12.2007 r., 7.12.2007 r.

Przy udziale **XXX** zgłaszającego/zgłaszających* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, oraz **XXX** po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołania i unieważnia postępowanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Burmistrza Miasta Nowy Dwór Mazowiecki, Nowy Dwór Mazowiecki, ul. Zakroczymska 30** 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 wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 1 354 zł 68 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt osiem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Firmę „Kaszub” Dariusz Kaszuba, Kiełpino, ul. Kolejowa 4**
 - B** koszty w wysokości 1 354 zł 67 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **RYMIX-BIS S.A., Warszawa, ul. Górczewska 179a**
 - C** koszty w wysokości 1 354 zł 67 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Marek Piotrowicz F.W. „POLCOURT”, Gostynin, ul. Floriańska 11**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty 1 354 zł 68 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt osiem groszy) przez **Burmistrza Miasta Nowy Dwór Mazowiecki, Nowy Dwór Mazowiecki, ul. Zakroczymska 30** na rzecz **Firmy „Kaszub” Dariusz Kaszuba, Kiełpino, ul. Kolejowa 4**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu kwoty uiszczonego wpisu zaliczonej na poczet kosztów postępowania odwoławczego;
 - B** kwoty 1 354 zł 67 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) przez **Burmistrza Miasta Nowy Dwór Mazowiecki, Nowy Dwór Mazowiecki, ul. Zakroczymska 30** na rzecz **RYMIX-BIS S.A., Warszawa, ul. Górczewska 179a**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu kwoty uiszczonego wpisu zaliczonej na poczet kosztów postępowania odwoławczego;
 - C** kwoty 1 354 zł 67 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) przez **Burmistrza Miasta Nowy Dwór Mazowiecki, Nowy Dwór Mazowiecki, ul. Zakroczymska 30** na rzecz **Marek Piotrowicz F.W. „POLCOURT”, Gostynin, ul. Floriańska 11**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu kwoty uiszczonego wpisu zaliczonej na poczet kosztów postępowania odwoławczego;

- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- A** kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX
 - B** kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX
 - C** kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX
- 4) dokonać zwrotu kwoty 55 936 zł 0 gr (słownie: pięćdziesiąt pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 18 645 zł 32 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset czterdzieści pięć złotych trzydzieści dwa grosze) na rzecz **Firmy „Kaszub” Dariusz Kaszuba, Kiełpino, ul. Kolejowa 4**
 - B** kwoty 18 645 zł 33 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset czterdzieści pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **RYMIX-BIS S.A., Warszawa, ul. Górczewska 179a**
 - C** kwoty 18 645 zł 33 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset czterdzieści pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **Marek Piotrowicz F.W. „POLCOURT”, Gostynin, ul. Floriańska 11**

U z a s a d n i e

Zamawiający, tj. **Burmistrz Miasta Nowy Dwór Mazowiecki** wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na robotę budowlaną „Budowa i rozbudowa obiektów sportowych w Nowym Dworze Mazowieckim”. Postępowanie zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. nr 183837-2007 oraz na stronie internetowej Zamawiającego www.bip.nowydwormaz.pl w dniu 4 października 2007 r.

Stan faktyczny:

4.10 ogłoszenie o zamówieniu,

17.10 wyjaśnienia specyfikacji,

25.10 otwarcie ofert,

12.11 wybór najkorzystniejszych ofert: Rymix-Bis najkorzystniejsza oferta na pierwszą i drugą część oraz Kaszub – na trzecią część,

19.11 Masters i Romines wnoszą protesty,

20.11 powiadomienie o wniesieniu protestów,

22 i 23.11 wpłynęły przyłączenia do protestów,

22.11 pismo o przystąpieniu do protestu firmy Polcourt po różnych stronach na różne części, co Zamawiający wydedukował z treści pisma,

22.11 przyłączenie Masters do Zamawiającego,

29.11 nastąpiło rozstrzygnięcie wszystkich protestów i przyłączeń,

30.11 przekazanie informacji o rozstrzygnięciu protestów i przyłączeń,

30.11 przekazanie informacji o nowym wyborze ofert i unieważnieniu postępowania w jednej z części,

30.11 protest złożył Kaszub na niezgodne z prawem dokonanie modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odrzucenie firmy Kaszub

30.11 wpłynął protest o godzinie 16:39 – wydruk faksu, a w formie pisemnej wpłynął do Zamawiającego dnia 3.12,

4.12 wpłynął protest Polcourt,

4.12 faksem i mailem wpłynął protest Rymix-Bis, a w formie pisemnej 7.12,

13.12 wpłynęło odwołanie firmy Kaszub (Odwołujący A) od braku rozstrzygnięcia protestu czyli na jego oddalenie i protest na zaniechanie poinformowania pozostałych uczestników postępowania o wniesionych w postępowaniu protestach,

19.12 wpłynęło odwołanie firmy Rymix-Bis (Odwołujący B) od braku rozstrzygnięcia protestu czyli na jego oddalenie

21.12 wpłynęło odwołanie firmy Polcourt (Odwołujący C) od braku rozstrzygnięcia protestu czyli na jego oddalenie

zarzucając Zamawiającemu, że:

Odwołujący A (Kaszub): Zamawiający dokonał czynności i zaniechał dokonania czynności:

- wobec Wykonawcy Firmy Kaszub niezgodnie z prawem dokonał modyfikacji postanowień specyfikacji i warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, przez co postępowanie Zamawiającego narusza przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 38 ust. 5, art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 w zw. z art. 22, art. 89 ust. 2, art. 183 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655),

Odwołujący B (Rymix-Bis): Zamawiający naruszył przepisy:

- art. 7 ust. 1 Pzp przez brak zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów;
- art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp przez niesłuszne odrzucenie oferty Spółki Rymix-Bis S.A. w oparciu o uznanie, że treść oferty nie odpowiadała specyfikacji;
- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp przez błędny wybór oferty Spółki Masters Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,

Odwołujący C (Polcourt): Zamawiający naruszył przepisy:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez niesłuszne odrzucenie oferty Polcourt F.W. Marek Piotrowicz,
- art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez nie wezwanie Wykonawcy Polcourt F.W. Marek Piotrowicz do uzupełnienia dokumentów,
- art. 87 ust. 1 Pzp przez nie wezwanie Wykonawcy Polcourt F.W. Marek Piotrowicz do wyjaśnienia treści złożonej oferty,
- art. 7 ust. 3 Pzp przez wybór Wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp,
- art. 181 ust. 3 i 4 Pzp przez nie przekazanie kopii protestów wniesionych przez innych uczestników postępowania i nie wezwanie Wykonawcy do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestów.

Odwołujący wnieśli o:

Odwołujący A (Kaszub):

- 1) uznanie oferty Firmy Kaszub jako ważnej zgodnie z postanowieniami specyfikacji;
- 2) weryfikacji postępowania o zamówienie publiczne pod kątem możliwości zawarcia ważnej umowy (w konsekwencji unieważnienie postępowania a także ogłoszenia nowego postępowania przy określeniu warunków nienaruszających zasad uczciwej konkurencji).

Odwołujący B (Rymix-Bis):

- 1) uwzględnienie odwołania oraz uchylene rozstrzygnięcia z dnia 29 listopada 2007 roku, wybierającego ofertę Masters Sp. z o.o. i nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności polegaj na ponownej ocenie ofert;
- 2) ewentualnie o unieważnienie postępowania;

3) zasądzenie kosztów postępowania.

Odwołujący C (Polcourt):

- 1) przywrócenie oferty Odwołującego do postępowania;
- 2) powtórzenie czynności oceny ofert;
- 3) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ważnych złożonych ofert;
- 4) a w przypadku udokumentowania wady prawnej unieważnienie postępowania przetargowego we wszystkich częściach na mocy art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 7 ust. 3 Pzp.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Zarzut, że Wykonawcy nie zostali poinformowani przez Zamawiającego o przystąpieniu firm do postępowania toczącego się w wyniku protestu nie jest zgodny z art. 181 ust. 5 Pzp. To właśnie na przystępującym ciąży obowiązek poinformowania Wykonawcy wnoszącego protest o przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Na Zamawiającym także nie ciąży obowiązek zamieszczenia na stronie internetowej informacji o wniesieniu protestu dotyczącego innych zagadnień niż treść ogłoszenia lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co *a contrario* wynika z art. 181 ust. 3 Pzp. Jeżeli protest dotyczy innych kwestii niż treść ogłoszenia lub specyfikacji, to Zamawiający ma obowiązek niezwłocznego poinformowania o wniesieniu protestu pozostałych uczestników postępowania. I tak Zamawiający postąpił w przypadku protestów wniesionych po pierwszym wyborze najkorzystniejszych ofert (12.11.2007 r.). Natomiast po drugim wyborze (29.11.2007 r.) Zamawiający zaniechał powiadamiania Wykonawców o wniesionych protestach, gdyż uznał, że są one wniesione po terminie wnoszenia protestów i wykonawcom służy tylko prawo do wniesienia odwołania. Należy stwierdzić, że w rozpatrywanym postępowaniu Zamawiający dokonał 29.11.2008 r. nowej czynności wyboru ofert i unieważnienia jednej z części zamówienia i dlatego od tej czynności, jako od nowej czynności, Wykonawcom służą wszystkie środki ochrony prawnej dopuszczalne w postępowaniu o danej wartości zamówienia.

W postępowaniu, w którym Zamawiający nie zastrzegł w specyfikacji niedopuszczalności z umotywowanych powodów porozumiewania się za pośrednictwem faksu, a w dodatku sam używa tego środka, nie można ograniczać prawa do korzystania z faksu do wniesienia protestu. Następnie Wykonawca powinien dopełnić obowiązku przekazania takiego protestu w formie pisemnej.

W przypadkach wniesienia protestu lub zbliżania się końca terminu związania ofertą Zamawiający ma prawo wystosowania odpowiedniego pisma do Wykonawców informującego o konieczności przedłużenia terminu związania ofertą i jednoczesnego przedłużenia okresu ważności wadium lub wniesienia nowego wadium. Jest to szczegółowo unormowane w art. 85 ust. 2-4 i art. 181 ust. 1-2a Pzp. Jednak także Wykonawca musi zachować należytą aktywność i sam przedłużyć okres ważności wadium lub wnieść nowe wadium w przypadku, gdy Zamawiający zachowuje się biernie. Ponadto Wykonawca może złożyć protest na takie zaniechania Zamawiającego, zgodnie z art. 181 ust. 1 Pzp. W rozpatrywanej sprawie Wykonawcy bez wezwania Zamawiającego przedłużyli lub wnieśli nowe wadia, a więc problem nie ma wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty. Natomiast z przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie wynika, że na Zamawiającym ciąży obowiązek informowania Wykonawców o podmiotach, które przedłużyły lub złożyły nowe wadia. W omawianej sprawie kwestia wadiów nie była przedmiotem protestów ani odwołań.

Z analizy specyfikacji wynika, że Zamawiający stawiał warunek, aby Wykonawcy wykazali się posiadaniem środków finansowych lub zdolnością kredytową inną na każdą z części zamówienia. Na I część – w wysokości 500 000 zł, na II część – w wysokości 500 000 zł i na III część – w wysokości 1 000 000 zł. Jednak Zamawiający może opisać ten warunek precyzyjnie, tak aby nie mógł budzić wątpliwości. Szczególnie Zamawiający powinien przewidzieć jak postąpi w przypadku braku pełnego zabezpieczenia środków lub zdolności kredytowej i jednoczesnego złożenia ofert na wszystkie części zamówienia – czy odrzuci ofertę na którąś z części zamówienia czy też na wszystkie części zamówienia. Ponadto w badanej sprawie Wykonawca do różnych części zamówienia złożył kopie dokumentu z banku. Dokument wykazywał te same cechy: numer i data wystawienia, podpisy oraz kwota – 1 000 000 zł. Na tej podstawie Zamawiający wykluczył Wykonawcę z postępowania. Jednak działania Zamawiającego dotyczące wykluczenia Wykonawcy nie można uznać za przeprowadzone z właściwą starannością, gdyż zostały podjęte bez wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień zgodnie z art. 26 ust. 2-4, art. 87 ust. 1 Pzp oraz § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605).

W przypadku żądania załączenia do oferty dokumentów potwierdzających, że wykazane dostawy zostały wykonane należycie, Zamawiający na stronie 5 akapit 2 od dołu specyfikacji zastrzegł, że wymaga potwierdzenia należytego wykonania przynajmniej jednej roboty wykonanej z oferowanej nawierzchni sportowej. Warunek ten nie został oprotestowany przed upływem terminu składania ofert i dlatego zastrzeżenia do niego nie mogą być wysuwane po

terminie wyboru oferty. Należy jednak zwrócić uwagę, że zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Zamawiający może żądać wykazu wykonanych robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia i zbytne zawężenie rodzaju robót może się spotkać z protestem Wykonawców, co będzie w końcowym efekcie skutkowało koniecznością unieważnienia postępowania. W takim przypadku nawet do unieważnienia mogą prowadzić bardziej szczegółowe prośby o wyjaśnienie treści specyfikacji. Wynika to z art. 38 ust. 5 Pzp. Powoływany przepis rozporządzenia brzmi:

§ 1. 2. W celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać następujących dokumentów:

- 1) wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie;*

Jednak w rozpatrywanej sprawie kluczowe znaczenie ma dokonanie przez Zamawiającego modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu zawartego w części 9 ust. 1 pkt 2 lit. a (str. 4 i 5) specyfikacji. Warunek ten został zmodyfikowany w piśmie z dnia 17.10.2007 r. KIO uznała, że takie działanie narusza przepis art. 38 ust. 5 Pzp, gdzie istnieje zakaz modyfikowania warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełnienia. Takie działanie narusza również zasadę równego traktowania wykonawców – art. 7 ust. 1 Pzp. W postępowaniu, w którym zostanie naruszony art. 38 ust. 5 Pzp, będą inaczej traktowani wykonawcy, którzy po zapoznaniu się z warunkami zrezygnowali z udziału w postępowaniu, gdyż nie mogliby spełnić warunków. Inna będzie sytuacja wykonawców, którzy uczestnicząc w postępowaniu doprowadzą do zmiany warunków i będą mogli wykazać się spełnieniem liberalniejszych warunków.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji, zgodnie z art. 191 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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 **Warszawie – Praga**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*