

Sygn. akt: KIO/UZP 579/08

WYROK
z dnia 26 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD Jerzy i Jarosław Gajdosz Spółka Jawna, 33-100 Tarnów, ul. Okrężna 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Korzenną, 33-322 Korzenna, Korzenna 325** protestu z dnia 28 maja 2008 r.,

orzeka:

1 Unieważnia postępowanie przetargowe na budowę sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej w Koniuszowej,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Korzenna, 33-322 Korzenna, Korzenna 325 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 uiszczzonego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD Jerzy i Jarosław Gajdosz Spółka Jawna, 33-100 Tarnów, ul. Okrężna 4,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: Cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Korzenna, 33-322 Korzenna, Korzenna 325** na rzecz **Przedsiębiorstwa Budowlanego IMBUD Jerzy i**

Jarosław Gajdosz Spółka Jawna, 33-100 Tarnów, ul. Okrężna 4
stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy)
z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD Jerzy i Jarosław Gajdosz Spółka Jawna, 33-100 Tarnów, ul. Okrężna 4.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej w Koniuszowej, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (BZP nr 1, poz. 19010) w dniu 28 maja 2008 r. faksem i 30 maja 2008 przesyłką pocztową został wniesiony protest a następnie odwołanie przez Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD Jerzy i Jarosław Gajdosz Sp. J. z Tarnowa.

Protest był następstwem powiadomienia pismem w dniu 26 maja 2008 r. o wyborze oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno –Handlowego BUDMEX Sp. z o.o. z Nowego Sącza.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu Gminie Korzenna naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655) wskutek zaniechania odrzucenia oferty PP–H BUDMEX Sp. z o.o., to jest:

- 1) art. 87 ust. 2 Pzp w związku z art. 88 ust. 1 pkt 3a Pzp przez bezprawne poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny i przyjęcie, że ryczałtowa cena brutto 2 145 496,40 zł. jest ceną prawidłowo podaną, co spowodowało zastosowanie mylnej stawki VAT – innej niż 22%,
- 2) art. 82 ust. 3 ustawy, gdyż treść oferty wybranej nie odpowiada treści SIWZ, ze względu na błąd w obliczeniu ceny oraz rozbieżne oświadczenia dotyczące terminu realizacji przedmiotu umowy,

- 3) art. 20 ust. 3 ustawy wskutek zaniechania przez komisję przetargową przedstawienia wniosku o odrzucenie wybranej oferty,
- 4) art. 26 ust. 3 ustawy przez dopuszczenie do poprawienia harmonogramu rzeczowo – finansowego,
- 5) art. 91 ust. 1 ustawy, wskutek zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 4 czerwca 2008 r., doręczonym 6 czerwca 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego odrzucenie. Podał, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia pouczył, że „wszelkie oświadczenia wnioski i zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują pisemnie”, w związku z czym protest jako oświadczenie woli powinien być wniesiony w formie zastrzeżonej, a więc pisemnie.

Zamawiający uznał, że termin na wniesienie protestu należy liczyć od dnia 21 maja 2008 r. – daty opublikowania wyników przetargu na stronie internetowej, wobec czego protest wniesiony faksem w dniu 28 maja 2008 r. jest bezskuteczny, a pisemny otrzymany w dniu 30 maja 2008 r. został złożony z uchybieniem terminu i nie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu.

Zamawiający nadmienił, iż w dniu 29 maja 2008 r. zawarł umowę o realizację przedmiotowego zamówienia z wybranym wykonawcą, to jest z firmą PP–H BUDMEX Sp. z o.o. a wniesienie protestu po zawarciu umowy jest niedopuszczalne z mocy art. 180 ust. 6 Pzp.

W dniu 11 czerwca 2008 r. zostało wniesione drogą pocztową odwołanie do Prezesa UZP, z kopią przekazaną Zamawiającemu faksem w tym samym terminie, w którym zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami:

1. o uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie unieważnienia czynności zawarcia umowy (unieważnienia czynności wyboru oferty PP–H BUDMEX Sp. z o.o.),
3. nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert,
4. nakazanie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty PP–H BUDMEX Sp. z o.o.

Alternatywny wniosek dotyczył unieważnienia postępowania.

W odwołaniu zostały podniesione dodatkowe zarzuty nie objęte protestem, dotyczące naruszenia przez Zamawiającego procedury udzielania zamówienia publicznego i postępowania z protestem jako gwarantowanym środkiem ochrony prawnej:

- 1) art. 180 ust. 2 i 6 Pzp przez nieuwzględnienie protestu wniesionego faksem,

- 2) art. 181 ust. 1 - 3 przez brak poinformowania uczestników postępowania o wniesionym proteście, o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą i wezwania do uczestnictwa w postępowaniu protestacyjnym,
- 3) art. 182 ust. 1 i 3 Pzp, gdyż Zamawiający złamał zakaz zawarcia umowy do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych,
- 4) art. 9 ust. 1 w związku z art. 27 ust. 1 Pzp przez nie respektowanie dopuszczalnych i przewidzianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia form przekazywania oświadczeń i informacji, w szczególności w odniesieniu do środków ochrony prawnej.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej dopuścił i przeprowadził dowody z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania wraz z załącznikami, umowy z dnia 29 maja 2008 r. o realizację zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu i o wyniku postępowania (BZP nr 1 poz. 117270), oferty PP–H BUDMEX Sp. z o.o..

Ponadto rozważył stanowiska pełnomocników Zamawiającego i reprezentantów Odwołującego, przedstawione do protokołu posiedzenia oraz rozprawy.

W pierwszej kolejności, w trakcie posiedzenia skład orzekający Izby rozpatrzył zarzuty Zamawiającego dotyczące uchybienia terminu do wniesienia protestu oraz zarzuty przeciwne przedstawione przez Odwołującego.

W tym zakresie Izba ustaliła co następuje.

Faktem jest, że w rozdziale VI pkt 1 SIWZ Zamawiający postanowił „wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują pisemnie i muszą one być kierowane na adres Urząd Gminy Korzenna 33–32, Korzenna 325”.

W rozdziale XVI pkt 3 SIWZ Zamawiający zawarł pouczenie „protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy dotarł on do Zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią.” Cytowane postanowienie SIWZ ściśle odpowiada unormowaniu ustawowemu zawartemu w art. 180 ust. 2 Pzp.

Zamawiający oświadczył też, że w dniu 21 maja 2008 r. zamieścił na swojej stronie internetowej www.korzenna.pl informację o wyborze oferty, kolejności pozostałych ofert oraz o ofertach odrzuconych.

Informację tą przekazał drogą pisemną wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, którą Odwołujący otrzymał w dniu 26 maja 2008 r..

Skład orzekający Izby zważył, że przepis art. 92 ust. 1 Pzp nakazuje niezwłocznie po wyborze oferty zawiadomić o tym fakcie indywidualnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty.

Niezależnie od dopuszczalnej zawsze formy pisemnej w dosłownym słowa tego znaczeniu, zawiadomienie mogło przybrać inną formę np. przekazu za pomocą faksu, skoro Zamawiający nie zastrzegł, że jest to jedyna dopuszczalna forma porozumiewania się, a przedstawione na rozprawie dowody korespondencji świadczą, że forma przekazywania korespondencji faksem była stosowana przez obie strony i honorowana przez Zamawiającego w toku postępowania. W braku innych zastrzeżeń forma pisemna jest wyłącznie właściwa, wtedy gdy Prawo zamówień publicznych to wyraźnie przewiduje. Skutki prawne przekazania informacji o wyborze oferty należy wywodzić z indywidualnego zawiadomienia, skoro ustawa tego wymaga, nie zaś z zamieszczenia na stronie internetowej, gdzie informacja nie jest kierowana do zindywidualizowanego adresata ale czyni zadość zasadzie jawności postępowań o udzielanie zamówień publicznych.

Z opisanych wyżej względów skład orzekający Izby uznał, że termin na wniesienie protestu liczony zarówno od daty 21 maja 2008 r. jak i od 26 maja 2008 r. został zachowany. Odwołujący wnosząc protest faksem w dniu 28 maja 2008 r., potwierdzony pisemnie przesyłką pocztową doręczoną w dniu 30 maja 2008 r., dotrzymał ustawowego terminu określonego w art. 180 ust. 2 Pzp dla wniesienia tego środka ochrony prawnej. Izba wzięła pod uwagę, że stosowane terminy nie mogą naruszać efektywności korzystania ze środków ochrony prawnej, przewidzianej postanowieniami dyrektywy Rady WE z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane 89/665 EWG. Z orzeczeń wydanych przez ETS w sprawie C-81/98 Alcatel i C-212/02 wynika, że Zamawiający jest zobowiązany poinformować wykonawców uczestniczących w postępowaniu o podjętej przez siebie decyzji, tak aby umożliwić im ewentualne odwołanie.

W orzeczeniu w sprawie C-327/00 Santex ETS stwierdził, że ograniczenia czasowe do skorzystania ze środków zaskarżenia naruszają zasady efektywności dyrektywy, gdy skorzystanie z odwołania było by niemożliwe lub poważnie utrudnione.

Okoliczności doręczenia rozstrzygnięcia protestu w dniu 6 czerwca 2008 r. i wniesienia odwołania w dniu 11 czerwca 2008 r. z kopią przekazaną faksem Zamawiającemu w tym samym terminie, pozostawały między stronami bezsporne. Izba zatem nie stwierdziła przesłanek określonych art. 187 ust. 4 Pzp skutkujących odrzuceniem odwołania.

Rozpatrując sprawę merytorycznie Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Z protokołu postępowania wynika, że w jedynym kryterium oceny ofert jakie stanowiła cena, oferta Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego BUDMEX Sp. z o.o. z ceną brutto 2 145 496,41 zł. została sklasyfikowana na pierwszej, zaś oferta Odwołującego z ceną 2 237 278,41 zł. na drugiej pozycji.

Odwołujący mógł zasadnie powoływać się i wykazywać naruszenie swego interesu prawnego skoro wywodził, iż oferta wybrana nie odpowiada treści SIWZ, a Zamawiający zaniechał jej odrzucenia.

Okres związania ofertą wyznaczony na 30 dni od daty składania ofert, to jest od 21 kwietnia 2008 r. został następnie na wniosek Zamawiającego przedłużony o 14 dni, do dnia 3 czerwca 2008 r. wraz z przedłużeniem zabezpieczenia wadium przez wykonawców. Oferta Odwołującego pozostawała zabezpieczona wadium do dnia 3 czerwca 2008 r.

Przepis art. 94 ust. 1 Pzp umożliwia Zamawiającemu zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, nie później niż przed upływem terminu związania ofertą, z zastrzeżeniem postanowień art. 94 ust. 1a Pzp.

Zawarcie umowy w dniu 29 maja 2008 r. z Przedsiębiorstwem Produkcyjno – Handlowym BUDMEX Sp. z o.o. dowodzi, iż Zamawiający liczył wymieniony termin od dnia 21 maja 2008 r. – zamieszczenia informacji o wyborze oferty na stronie internetowej. W przekonaniu składu orzekającego Izby, Zamawiający winien liczyć termin na zawarcie umowy oznaczony w art. 94 ust. 1 Pzp, od daty przekazania indywidualnie adresowanych oświadczeń, które zgodnie z art. 61 Kc znajdującym

zastosowanie w związku z art. 14 Pzp, uznaje się za skutecznie złożone, gdy dotarły do uczestników postępowania tak, że mogli zapoznać się z ich treścią.

Pogląd ten pozostaje zbieżny z ustaleniami wyżej poczynionymi przy ocenie skuteczności wniesienia protestu, a dotyczącymi zamieszczenia informacji o wyborze oferty w dniu 21 maja 2008 r. na wskazanej stronie internetowej oraz przesyłkami poleconymi, które zostały doręczone wykonawcom w dniach 21,23,26 maja 2008 r.

Z postanowieniami art. 94 ust. 1 Pzp koresponduje regulacja art.182 ust. 1 Pzp, zakazująca zawarcia umowy do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. Z protestu przekazanego faksem, z którego treścią można się było zapoznać w dniu jego wniesienia, to znaczy 28 maja 2008 r. Zamawiający powziął wiadomość o wszczęciu postępowania protestacyjnego, zatem był świadomy, że do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu zachodzi przeszkoda prawna dla zawarcia ważnej umowy.

Bez znaczenia pozostaje, że Zamawiający zakwalifikował protest do odrzucenia bez jego merytorycznego rozpatrzenia jako spóźniony i niedopuszczalny, gdyż również od takiej decyzji służyło odwołanie, z którego wykonawca skorzystał.

Terminem ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, przy danej wartości przedmiotu zamówienia, jest wydanie orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak stanowi art. 182 ust. 2 pkt 3a Pzp.

Zamawiający mając wiedzę dotyczącą faktu wniesienia protestu i jego skutków, zawarł w dniu następnym to jest 29 maja 2008 r. umowę o realizację zamówienia, czym bezsprzecznie naruszył art. 94 ust. 1 Pzp i art. 182 ust. 1 i 3 Pzp.

Objęcie sankcją nieważności umowy zawartej przed upływem 7 dni od dnia skutecznego przekazania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, wynika z interpretacji powołanej wyżej dyrektywy 89/665/EWG, dotyczącej procedur odwoławczych w systemie zamówień publicznych, dokonanej w orzecznictwie ETS. Można przywołać orzeczenia w sprawach C-81/98 i C – 212/02 stwierdzające, że krajowe systemy prawne powinny zapewniać oferentom efektywną ochronę prawną, w szczególności powinny przewidywać rozsądny okres zawieszenia między poinformowaniem o wyborze oferty a zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z bezpośrednim naruszeniem wskazanych przepisów i zawarciem umowy bez wymaganej zgody Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, o której mowa w art. 182

ust. 3 Pzp, ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 146 ust. 1 pkt 2 i 7 wiąże skutek nieważności zawartej umowy.

Z uwagi na istotną wagę naruszeń jakich dopuścił się Zamawiający zachodzą obligatoryjne przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego nie pozostawił składowi orzekającemu Izby innej możliwości rozstrzygnięcia niż unieważnienie postępowania, o czym Izba orzeka z urzędu, jak stanowi art. 191 ust. 3, zdanie drugie Pzp.

W takim przypadku Izba uprawniona jest orzekać nie tylko w zakresie zarzutów podniesionych w proteście, lecz w zakresie szerszym tj. uchybień stwierdzonych w toku rozpoznawania sprawy.

Nie może też budzić wątpliwości, że znajduje uzasadnienie zarzut czyniony Zamawiającemu o naruszeniu przepisów art. 181 ust 1–3 Pzp, wskutek bezprawnego zaniechania przekazania informacji o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą, zaniechania przekazania kopii protestu z wezwaniem wykonawców do przedłużenia wadium i ewentualnego zgłoszenia przystąpienia do postępowania protestacyjnego. Wobec unieważnienia postępowania, rozpatrzenie zarzutów podnoszonych w proteście na czynności Zamawiającego dotyczące oceny oferty PP–H BUDMEX Sp. z o.o. jest w zasadzie bezprzedmiotowe, nie mniej skład orzekający Izby zajmuje w tej kwestii następujące stanowisko.

Ad 1.w przypadku ceny ryczałtowej, co ma miejsce w badanym postępowaniu (rozdział IX pkt 2 SIWZ, § 1 pkt 3 wzoru umowy), art. 88 ust. 1 pkt 3a Pzp umożliwia sprostowanie pomyłek w obliczeniu ceny przez przyjęcie, że podana cena ryczałtowa jest prawidłowa, bez względu na sposób jej obliczenia. Zamawiający mógł zatem poprzestać na złożeniu oświadczenia tej treści i zbędne było korygowanie ceny oferty, z kwoty podanej 2 145 496,41 zł. na kwotę 2 145 496,40 zł. W żadnym wypadku nie doszło do zmiany ustawowej stawki podatku VAT z 22% na inną, gdyż cena brutto zawiera podatek VAT, co wynika wprost z definicji ceny, zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. nr 97, poz. 1050 ze zm.). Ponadto zarzuty są spóźnione, gdyż o poprawieniu omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny Zamawiający poinformował pismem doręczonym dnia 12 maja 2008 r., co stanowi okoliczność przyznaną przez Odwołującego,

Ad. 2. Chybiony jest zarzut naruszenia art. 82 ust. 3 Pzp, że wybrany wykonawca zaoferował zakończenie realizacji przedmiotu umowy w innym terminie niż przewidzianym w SIWZ, to jest do dnia 15 sierpnia 2009 r. W formularzu oferty wykonawca PP-H BUDMEX Sp. z o.o. oświadczył, że wykona zamówienie w terminie do 15 sierpnia 2009 r. co było wiążące także w odniesieniu do terminu objętego § 3 wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ, o treści podanej w wyjaśnieniach Zamawiającego udzielonych dnia 9 kwietnia 2008 r.. Nie zaprzecza temu okoliczność, że w złożonym harmonogramie, w okresie końcowym od 1 do 15 sierpnia 2009 r. wybrany wykonawca nie przewidział prowadzenia robót. Nie przewidział też robót w okresie od 15 sierpnia do 31 sierpnia 2009 r..

Ad. 3. Art. 20 ust. 3 Pzp, dotyczy wewnętrznej procedury komisji przetargowej Zamawiającego. Zaskarżeniu środkami ochrony prawnej podlegają czynności Zamawiającego wywołujące skutek zewnętrzny, w sferze prawnie chronionych uprawnień wykonawcy, zatem zarzut, iż komisja przetargowa zaniechała przedstawienia wniosku kierownikowi Zamawiającego o wykluczenie wykonawcy i o odrzucenie oferty nie znajduje żadnych podstaw.

Ad. 4. Harmonogram rzeczowo – finansowy stanowi oświadczenie wykonawcy, ale nie jest składany na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu ani nie dotyczy potwierdzenia wymagań przedmiotowych określonych przez Zamawiającego o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, zatem zachodzą przeszkody prawne do jego uzupełnienia, a Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 Pzp wzywając wybranego wykonawcę do skorygowania harmonogramu, skoro był on błędny ze względu na wymagania określone w załączniku nr 3 do SIWZ.

Ad. 5 Wobec częściowego uwzględnienia zarzutów dotyczących czynności Zamawiającego, podjętych w trakcie oceny oferty wybranego wykonawcy, przypisywane Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego należy przyjąć za trafne.

Uznanie przez Izbę, że materiał dowodowy sprawy tylko w części potwierdził trafność zarzutów Odwołującego do czynności Zamawiającego podjętych w trakcie oceny oferty PP-H BUDMEX Sp. z o.o., pozostaje bez znaczenia dla

wyniku niniejszej sprawy, wobec stwierdzenia z urzędu wad postępowania skutkujących nieważnością umowy.

W kompetencji Krajowej Izby Odwoławczej nie mieści się unieważnienie umowy o zamówienie publiczne, czego domagał się Odwołujący.

Stwierdzenie nieważności umowy może nastąpić jedynie przez sąd, w drodze powództwa opartego na art. 189 Kpc a także w trybie art. 146 ust. 2 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 191 ust 1 i 2 pkt 3 Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*