

Sygn. akt: KIO/UZP 634 /08

WYROK
z dnia 8 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Izabela Kuciak

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 lipca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Żak SYSTEM Sp. z o.o. ul. Złoty Róg 13, 30-095 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Perzyny w Kaliszu ul. Poznańska 79, 62-800 Kalisz** protestu z dnia **11 czerwca 2008 r.**

przy udziale **Spółdzielni NAPRZÓD ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Żak SYSTEM Sp. z o.o. ul. Złoty Róg 13, 30-095 Kraków**

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 uiszczzonego przez **Żak SYSTEM Sp. z o.o. ul. Złoty Róg 13, 30-095 Kraków;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **218 zł 00 gr** (słownie: dwieście osiemnaście złotych zero groszy) przez **Żak SYSTEM Sp. z o.o. ul. Złoty Róg 13, 30-095 Kraków** na rzecz **Wojewódzkiego Szpitala Zespołonego im. Ludwika Perzyny w Kaliszu ul. Poznańska 79, 62-800 Kalisz** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (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 **Żak SYSTEM Sp. z o.o. ul. Złoty Róg 13, 30-095 Kraków.**

Uzasadnienie

Zamawiający Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Perzyny w Kaliszu prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługi kompleksowego utrzymania czystości i stanu sanitarno-epidemiologicznego oraz transportu odpadów komunalnych świadczone dla Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Ludwika Perzyny w Kaliszu. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w DZUUE w dniu 12.04.2008 roku pod numerem 2008/S 72 – 097582.

Pismami z dnia 4.06.2008 roku Zamawiający powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Spółdzielnię Inwalidów „NAPRZÓD” (NAPRZÓD) oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez PPHiU „DELFA” (pismo adresowane do PPHiU „DELFA” przekazane do wiadomości uczestnikom postępowania).

Pismem z dnia 11.06.2008 roku ŻAK System Sp. z o. o. wniósł protest. Protestujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wyjaśnienia lub wezwania do złożenia dokumentu poświadczającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez NAPRZÓD, niedochowanie wymogów dotyczących treści protokołu z postępowania oraz przekazanie wykonawcom niekompletnej informacji o wyborze oferty, nie zawierającej elementów wymaganych ustawą z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655). Protestujący wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający pismem z dnia 12.06.2008 roku powiadomił o wykonawców za pomocą faxu o wniesieniu protestu i powołując się na art. 181 ust. 3 Pzp wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się wskutek jego wniesienia.

NAPRZÓD pismem z dnia 16.06.2008, (które Zamawiający otrzymał w formie faxu w tej dacie a w formie pisemnej dnia 18.06.2008 roku) przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wnosząc o oddalenie protestu.

Zamawiający pismem z dnia 20.06.2008 roku (przekazanym tego samego dnia Protestującemu) oddalił protest jako całkowicie bezzasadny. Zamawiający stwierdził, że załączona przez NAPRZÓD informacja z banku potwierdza posiadanie przez wykonawcę zdolności kredytowej w kwocie 5.000.000 zł., jednak działając „z ostrożności” wystąpił o wyjaśnienie. Zamawiający otrzymał informację z Banku Spółdzielczego w Radomsku w sposób jednoznaczny potwierdzającą posiadanie przez NAPRZÓD zdolności kredytowej w

kwocie 5.000.000 zł do zaciągania kredytu na realizację niniejszego zamówienia. Zamawiający oświadczył również, że w druku ZP-17 zamieścił informacje o spełnianiu przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu niezbędnych zgodnie z art. 22 ust. 1 Pzp. Zdaniem Zamawiającego szczegółowe opisanie oceny warunków podanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) byłoby niezbędne w przypadku niespełnienia któregośkolwiek z nich, gdyż wskazywałoby wówczas podstawę wykluczenia wykonawcy. W postępowaniu wszyscy wykonawcy spełnili warunki postawione przez Zamawiającego. Informacja o wniesieniu wadium, mimo, że nie stanowi warunku udziału w postępowaniu, przyczynia się do „przejrzystości” oceny Zamawiającego. Zamawiający stwierdził ponadto, że informacja przesłana w dniu 4.06.2008 roku była pełną informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający podniósł również, że ewentualne uwzględnienie zarzutów protestu dotyczących zdolności kredytowej NAPRZÓD oraz wypełnienia druku ZP-17 skutkować powinno żądaniem powtórzenia czynności zaniechanych i brak jest uzasadnienia dla żądania unieważnienia postępowania.

Nie zgadzając się z rozstrzygnięciem protestu ŻAK System Sp. z o. o., pismem z dnia 24.06.2008 roku za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego, wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, art. 96 Pzp w związku z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 24 października 2004 roku w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz art. 92 Pzp Odwołujący się wniósł o unieważnienie postępowania ewentualnie o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia zaniechanych czynności oraz czynności podjętych niezgodnie z Pzp. W uzasadnieniu Odwołujący się wskazał, że pismo z banku zawiera informację o zdolności kredytowej na kwotę 5.000.000 zł ale też informuje o korzystaniu z kredytów obrotowych i gwarancji bankowych. W ocenie Odwołującego się istnieje zagrożenie, że zostanie wybrana oferta wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu a jego oferta podlega odrzuceniu. Odwołujący się wskazał ponadto, że w druku ZP-17 Zamawiający zobowiązany był do odrębnego ujęcia wszystkich warunków udziału w postępowaniu, zarówno wynikających z art. 22 ust. 1 Pzp, jak też szczegółowo ustalonych przez niego w postępowaniu. Brak takich informacji sprawia, że twierdzenie Zamawiającego, że dokonał oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu pozostaje bez dowodu, co godzi w zasadę pisemności postępowania. Za wadliwe i nie znajdujące uzasadnienia prawnego uznał Odwołujący się zamieszczenie w druku ZP-17 informacji o wniesieniu wadium. Ponadto Odwołujący się jako naruszające dyspozycję art. 92 Pzp uznał przekazanie informacji wymaganych wskazanym przepisem za pomocą druków ZP-12 i ZP-21.

Pismem z dnia 2.07.2008 roku NAPRZÓD zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc i wywodząc jak w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu pełnomocników stron na rozprawie Izba ustaliła, co następuje:

W pkt C.I.6 siwz Zamawiający wymagał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą posiadanie środków finansowych lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż oferowane przez wykonawcę wynagrodzenie brutto za 3 miesiące świadczenia usługi.

NAPRZÓD wraz ofertą złożył informację wystawioną przez Bank Spółdzielczy w Radomsku w dniu 31.03.2008 roku o posiadaniu przez niego zdolności kredytowej określonej przez bank na kwotę 5.000.000 zł oraz informującą o posiadaniu przez NAPRZÓD rachunku bankowego oraz korzystaniu z kredytów obrotowych oraz gwarancji bankowych.

Pismem z dnia 29.05.2008 roku Zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał NAPRZÓD do złożenia w terminie do dnia 2.06.2008 roku wyjaśnień, czy wskazana w informacji zdolność kredytowa jest jego ogólną zdolnością kredytową oraz o wskazanie faktycznej zdolności kredytowej w związku z niniejszym postępowaniem.

NAPRZÓD w zakreślonym terminie udzielił wyjaśnień oraz złożył informację z Banku Spółdzielczego w Radomsku, w której bank oświadczył, że NAPRZÓD posiada zdolność do zaciągnięcia kredytu na realizację zamówienia na rzecz Zamawiającego w kwocie 5.000.000 zł oraz ponowił stwierdzenie o posiadaniu rachunku bankowego oraz korzystaniu z kredytów obrotowych oraz gwarancji bankowych (dowody: kopie pism w aktach sprawy).

Wypełniony przez Zamawiającego druk ZP-17 – informacja o spełnianiu przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu jako warunki wymienia: właściwe zabezpieczenie oferty wymaganym wadium oraz spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy.

Zamawiający o wynikach postępowania powiadomił wykonawców za pomocą dwóch pism z 4.06.2008 roku, z których pierwsze informowało o odrzuceniu oferty PPHiU DELFA, drugie, do którego załączniki stanowiły kopie druków ZP-12 i ZP-21) o wyborze oferty najkorzystniejszej, za pomocą faksu oraz następnie za pomocą listów poleconych (dowody kopie pism z dnia 4.06.2008 roku, kopie raportu z transmisji za pomocą faksu, dowody nadania przesyłek poleconych w aktach sprawy)

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu ocenioną przez Zamawiającego jako druga w przyjętym jako jedyne kryterium ceny. Uwzględnienie podnoszonych zarzutów skutkowałoby nakazaniem przez Izbę ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert i otwierałoby możliwość uznania oferty Odwołującego się za najkorzystniejszą w postępowaniu.

W ocenie Izby interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa a zawarta umowa nie dotknięta była sankcją nieważności *ex tunc* z powodu wady postępowania, którą stanowiłby wybór oferty złożonej przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu. Jak słusznie podniósł Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 19.12.2007 roku (sygn. akt V Ca 2506/07) „interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej”.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Zgodnie z art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 - Prawo bankowe przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Do oceny zdolności kredytowej wykonawcy uprawniony jest wyłącznie bank.

W ocenie KIO z opinii wystawionej przez Bank Spółdzielczy w Radomsku z dnia 31.03.2008 roku wynika posiadanie przez NAPRZÓD zdolności kredytowej w rozumieniu przepisów prawa bankowego w wymaganej przez Zamawiającego wysokości. Mogące mieć miejsce niejasności, co do posiadania zdolności kredytowej w pełnej wymaganej przez Zamawiającego wysokości zostały wyjaśnione w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Informacja udzielona przez Bank Spółdzielczy w Radomsku potwierdza bieżącą zdolność kredytową w sposób, który nie pozostawia miejsca na dowolność interpretacyjną i nie może budzić żadnych wątpliwości.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp dotyczy zatem czynności wykonanych przez Zamawiającego i jest nieuzasadniony oraz pozbawiony podstaw faktycznych.

Za chybiony uznaje Izba również zarzut naruszenia art. 96 Pzp w związku z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 24 października 2007 roku w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. Nr 202, poz. 1463). Przywołane przepisy nie wskazują ściśle sposobu wypełniania protokołu postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego, nie precyzują stopnia szczegółowości prezentowania przez Zamawiającego poszczególnych czynności w postępowaniu.

Celem prowadzenia protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nie tylko realizacja zasady pisemności postępowania (dokumentowanie czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu) ale też zasada jawności, gdyż protokół wraz z załącznikami, o których mowa w art. 96 ust. 2 Pzp, ma stanowić dla wykonawców podstawę do kontroli prawidłowości czynności zamawiającego. Izba stwierdza, że zamieszczając syntetyczną, o charakterze ogólnym, informację o spełnianiu przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu Zamawiający nie naruszył przywołanych wyżej przepisów Pzp i rozporządzenia. Norma z art. 22 ust. 1 Pzp ma charakter blankietowy i podlega w każdym postępowaniu konkretyzacji. Zatem przyjęć należy, że odwołanie do art. 22 ust. 1 Pzp w istocie odnosi się do wszystkich warunków postawionych w postępowaniu. Protokół ZP-1 prowadzony przez Zamawiającego zawiera elementy wymagane normą art. 96 Pzp, w szczególności informację o ocenie spełniania warunków na druku ZP-17 dokonaną zgodnie z dyspozycją przepisów metodą spełnia/nie spełnia. Na ocenę prawidłowości działania Zamawiającego nie wpływa zamieszczenie na druku ZP-17 informacji o wniesieniu wadium. Słusznie podnosi Odwołujący się, że wniesienie wadium nie jest warunkiem udziału w postępowaniu *sensu stricto*. Jednak wskazać należy na art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nakazujący wykluczenie wykonawcy, który nie wniósł wadium oraz okoliczność, że co do zasady w postępowaniu jednoetapowym, fakt wniesienia wadium Zamawiający bada łącznie z oceną spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Zatem zamieszczenie informacji na ten temat na druku ZP-17 jest logicznie uzasadnione, zwłaszcza w sytuacji, gdy protokół postępowania nie przewiduje zamieszczenia informacji dotyczącej wadium w innym miejscu. W ocenie Izby jest swojego rodzaju luka prawna mogąca stać się postulatem *de lege ferenda* zmiany przepisów przywołanego rozporządzenia.

Ponadto art. 6 k.c. i art. 188 ust. 1 Pzp ciężarem dowodu obciąża stronę, która z niego pragnie wywieść skutki prawne. Odwołujący się podnosząc, że brak jest dowodu na okoliczność prawidłowej oceny warunków udziału w postępowaniu nie poparł swej tezy żadnym dowodem.

Nie potwierdził się nadto zarzut naruszenia art. 92 Pzp. Przepis ten zobowiązuje Zamawiającego do niezwłocznego, po wyborze oferty najkorzystniejszej, przekazania wykonawcom, którzy złożyli oferty, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z podaniem danych wykonawcy wybranego oraz wykonawców, którzy złożyli oferty wraz ze informacjami, co do oceny złożonych przez nich ofert oraz o wykonawcach których oferty zostały odrzucone. Ponadto w okolicznościach sprawy t.j. postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego Zamawiający zobowiązany jest na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 3

Pzp do podania również informacji o wykonawcach wykluczonych z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia. Izba stwierdza, że Zamawiający przekazując wymagane informacje w dwóch pismach z dnia 4.06.2008 roku, z których pierwsze dotyczyło odrzucenia oferty PPHiU DELFA a drugie zawierało informację o wyborze oferty złożonej przez NAPRZÓD z podaniem jej ceny oraz odniesieniem do kryterium oceny ofert przyjętego w siwz, do którego załączono zestawienie ofert wstępnych (druk ZP-12) oraz streszczenie i porównanie złożonych ofert (druk ZP-21) wyczerpuje dyspozycję art. 92 ust. 1 Pzp. Zarzuty Odwołującego się odnoszą się wyłącznie do formy ujęcia tych informacji i nie mogą być uwzględnione. Ustawa nie wskazuje odrębnych wymagań, co formy (t.j. sposobu prezentacji wymaganych informacji) informacji wskazanych w art. 92 ust. 1 Pzp.

Ratio legis normy art. 92 ust. 1 Pzp jest jednoczesność uzyskania informacji przez wykonawców. Powyższe wynika z zasady koncentracji środków ochrony prawnej, polegającej na jednoczesnym początku biegu terminów na kwestionowanie istotnych dla wyniku postępowania decyzji Zamawiającego oraz zasady szybkości postępowania. Skoro Wykonawcy uzyskali wymagane informacje jednocześnie, to Zamawiający nie naruszył art. 92 ust. 1 Pzp.

Izba stwierdza nadto, że nawet w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania konsekwencją ich uwzględnienia mogłoby być wyłącznie nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania czynności. Sankcja unieważnienia postępowania ma charakter wyjątkowy i może być zastosowana jedynie w przypadku wad postępowania, które ze względu na swój charakter nie mogą być konwalidowane przez Zamawiającego zgodnie z prawem. W rozpoznawanej sprawie nie występuje żadna z przesłanek wymienionych w art. 93 ust. 1 Pzp, skutkujących obligatoryjnie unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia, jak również żadna z okoliczności wskazanych w art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp. Zatem Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia alternatywnego wniosku Odwołującego się o unieważnieniu postępowania.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886) uznając za uzasadnione koszty dojazdu i opłat skarbowych od pełnomocników na podstawie przedłożonych rachunków.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz.1655) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~ - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kaliszu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*