

WYROK
z dnia 5 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Członkowie: **Anna Majstrowicz**

Andrzej Niwicki

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 05.06.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **POLSUPER Sp. z o.o., 00-333 Warszawa, ul. Krakowskie Przedmieście 4/6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Miasta Stołecznego Warszawy Urząd Dzielnicy Ursynów** protestu z dnia **30 kwietnia 2009 r.**

przy udziale xxx zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie xxx

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **POLSUPER Sp. z o.o., 00-333 Warszawa, ul. Krakowskie Przedmieście 4/6** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **POLSUPER Sp. z o.o., 00-333 Warszawa, ul. Krakowskie Przedmieście 4/6**;

~~2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx złotych xxx groszy) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx;~~

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **POLSUPER Sp. z o.o., 00-333 Warszawa, ul. Krakowskie Przedmieście 4/6;**

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

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *utrzymanie terenów zieleni Dzielnicy Ursynów z podziałem na zadania (od 1 do 6)* - numer referencyjny KZP-WZP-XII/4/340/09. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 3 lutego 2009r. 2009/S 22-031537.

W dniu 20 kwietnia 2009 roku zamawiający przekazał informację o rozstrzygnięciu postępowania i wyborze ofert najkorzystniejszych w zadaniach od 1 do 6, a także o wykluczeniu z postępowania między innymi wykonawcy POLSUPER Sp. z o.o. i odrzuceniu jego oferty w zadaniach 1, 2, 3, 4 i 6. Wobec czynności wykluczenia i odrzucenia oferty, wykonawca ten wniósł do zamawiającego w dniu 30 kwietnia 2009 r. protest, w którym podniósł zarzuty:

1. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. przez uznanie, że brak dokumentów, które powinny zostać załączone do oferty oznacza niezgodność oferty z siwz,

2. naruszenie art. 26 ust. 3 pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia dla zadań 1, 3 i 4, w związku z uznaniem, że oferta podlega odrzuceniu, jako niezgodna z treścią siwz,

3. naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, przez wykluczenie wykonawcy w wyniku nie złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia w zadaniach 1, 3 i 4. W związku z uszczerbkiem w interesie wykonawcy, jakiego doznał on na skutek rażącego naruszenia wskazanych przepisów i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, wniósł on o uwzględnienie protestu oraz unieważnienie przetargu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 1 pkt 5 i 6 ustawy, jako dotkniętego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jako podstawę odrzucenia oferty protestującego (z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp), zamawiający wskazał na brak w ofercie zaakceptowanego szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia oraz zaakceptowanego wzoru umowy – odpowiednio dla zadań, na które

złożono ofertę (1-4 i 6). Protestujący natomiast stwierdził, iż stanowisko zamawiającego jest nielogiczne, gdyż sam przyznaje, że dokumenty załączane do oferty nie są ofertą. Interpretacja zamawiającego dotknięta jest błędem polegającym na uznaniu, iż brakujące dokumenty stanowią o niezgodności oferty z siwz, chociaż nie dotyczą one istotnych postanowień (elementów koniecznych) zamówienia. Wykonawca wskazał na decydujące znaczenie formularza cenowego, w którym zostały złożone przez wykonawcę stosowne oświadczenia woli odnoszące się do spornej kwestii. Tym samym brak załączonych dokumentów nie odnosi do merytorycznej treści oferty.

Zamawiający wykluczył protestującego z postępowania z uwagi na brak wykazania się wymaganym doświadczeniem bez wzywania go do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3. Zamawiający ocenił wyjaśnienia wykonawcy złożone na wezwanie zamawiającego, jako niewystarczające i zaniechał wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, uznając iż jego oferta podlega odrzuceniu, jako niezgodna z treścią siwz. W proteście wykonawca wskazywał, iż załączone do oferty dokumenty w sposób jednoznaczny potwierdzają wymagane doświadczenie zdobyte przy realizacji zamówień na rzecz Zarządu Oczyszczania Miasta o wartości brutto 1.405.598,31 zł oraz 1.400.574,70 zł, a także 1.087.723,54 zł, które odpowiadają swoim rodzajem pracom będących przedmiotem poszczególnych części przetargu.

Zamawiający rozstrzygnął protest 8 maja 2009 roku oddalając go jako bezzasadny, przedstawiając swoje stanowisko w sprawie. W odniesieniu do podstawy odrzucenia oferty, jako niezgodnej z treścią siwz, zamawiający dokonał wykładni art. 96 ust. 3, z którego to przepisu wynikać ma, iż elementami składowymi oferty są oprócz formularza ofertowego, również oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp oraz dokumenty, które zgodnie z siwz powinny się na nią składać. Wraz z ofertą (formularzem oferty) zamawiający jest zobowiązany udostępnić od chwili jej otwarcia również dokumenty, o których mowa powyżej. Zamawiający powołał się na pogląd SN z dnia 21 października 2005, III CZP 74/05, który stwierdził, że skoro w siwz został zawarty obowiązek przedstawienia informacji na potwierdzenie ich spełnienia, a treść oferty musi odpowiadać treści siwz, „(...) oznacza to, że informacje te są elementem oferty(...)”. W pkt 11.2 siwz, zamawiający określił elementy, jakie zawierać powinna oferta, a wśród nich w pkt 11.2.4, zaakceptowany: - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (załączniki od 1 – do 1f) oraz wzór umowy (załączniki od 7a do 7f), które to załączniki stanowią integralną część oferty. Zamawiający odwołał się do treści oferty protestującego wykonawcy, który wyszczególnił wszystkie dokumenty składające się na jego ofertę, w tym oświadczenie o spełnianiu warunków z art. 22 ustawy pzp. oraz brakujące załączniki, uznając je wówczas za elementy oferty. W ocenie zamawiającego pod pojęciem oferty należy rozumieć zbiór dokumentów wymaganych postanowieniami siwz, w tym oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1

ustawy pzp. Zamawiający wskazał na wiążący charakter postanowień siwz, jaki powstaje na skutek nawiązania stosunku przetargowego przez złożenie oferty, a wykonawcy, którzy złożyli oferty mają prawo oczekiwać, że zostaną one ocenione wyłącznie na podstawie wymagań zawartych w siwz. Samo złożenie oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym nie wypełnia dyspozycji, o której mowa w pkt 11.2.4 siwz. Zamawiający powołał się na szereg wyroków potwierdzających istotne znaczenie wzorca umownego, a także konsekwencje jego nie podpisania w kontekście naruszenia postanowień siwz oraz formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia, z którego wynika bezwzględny obowiązek egzekwowania odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści siwz. Zamawiający odniósł się do powołanych w proteście wyroków, które w jego ocenie nie są adekwatne do przedmiotu sporu, w szczególności nie dotyczą okoliczności braku załączenia do oferty wzoru umowy.

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zadaniach 1, 3 i 4 oraz wykluczenia wykonawcy z postępowania, zamawiający odwołał się do uwagi zawartej w pkt 7.1.2 siwz, z której wynika, że wykonawca mógł się wykazać jednokrotnie w okresie ostatnich 3 lat wykonaniem lub wykonywaniem usługi bądź usług w zakresie pielęgnacji i wycinki drzew, o których mowa w niniejszym punkcie siwz, przy czym ich wartość miała wynosić nie mniej niż suma wartości usługi bądź usług w zakresie pielęgnacji i wycinkach drzew odpowiednio dla zadań, na które protestujący złożył ofertę. Na podstawie złożonego wykazu usług oraz załączonych referencji, zamawiający nie mógł ustalić wartości zrealizowanej usługi polegającej na pielęgnacji i wycince drzew, odpowiadającej co najmniej wartości ustalonej dla poszczególnych zadań lub ich łącznej wartości. Na podstawie złożonych wyjaśnień zamawiający uznał, iż dołączony dokument dotyczący pozycji 11, 13 wykazu potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu dla zadania 2 i 6 w zakresie wartości usług polegających na pielęgnacji i wycince drzew. W odniesieniu do zadań 1, 3 i 4, do których wykonawca wskazał usługę z pozycji 12 wykazu, zamawiający uznał, iż wykonawca błędnie przyjął możliwość łącznego odniesienia wartości usług polegających na pielęgnacji i wycince drzew. Wykonawca składając ofertę na zadania 1-4, 6 w zakresie pielęgnacji i wycinki drzew miał wykazać się albo jedną usługą polegającą na pielęgnacji i wycince drzew, o wartości nie mniejszej niż 165 000,00 złotych brutto (czego nie uczynił) albo, zgodnie z brzmieniem pkt 7.1.2 a-d, f siwz, po jednej usłudze pielęgnacji i wycince drzew o wartości odpowiadającej wartości dla poszczególnych zadań. W zakresie zadań 1, 3 i 4 wykonawca wykazał się jedną usługą figurującą w pozycji 12 wykazu, odnosząc ją łącznie do tych zadań. Ponieważ oferta protestującego podlegała odrzuceniu, jako niezgodna z siwz, zamawiający zaniechał wszczęcia procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy pzp, gdyż nawet po uzupełnieniu dokumentów oferta wykonawcy nie mogłaby zostać poddana ocenie.

Dodatkowo zamawiający podniósł okoliczność braku interesu prawnego po stronie wykonawcy, który nie ma oraz nie może mieć na celu uzyskania zamówienia. Zgodnie z kryterium oceny ofert, którym w postępowaniu jest tylko cena, oferta protestującego wykonawcy uzyskała dalsze pozycje, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, tj. w zadaniu 1 – pozycja piąta, w tym trzy oferty ważne, w zadaniu 2 – pozycja druga, w tym jedna oferta ważna, w zadaniu 3 – pozycja czwarta, w tym trzy oferty są ważne, w zadaniu 4 – pozycja druga, w tym jedna oferta ważna, w zadaniu 6 – pozycja czwarta, w tym trzy oferty ważne. Dodatkowo, pomimo iż w zadaniu 4 oferta wykonawcy została odrzucona również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, wykonawca nie tego nie zakwestionował. W celu poparcia swojego stanowiska, zamawiający przytoczył orzeczenia, w tym sądów okręgowych, wskazujących na brak interesu wykonawcy w unieważnieniu postępowania, który musi dotyczyć możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą.

W związku z rozstrzygnięciem protestu, wykonawca wniósł 18 maja 2009 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując w tym samym dniu jego kopię zamawiającemu. W odwołaniu podtrzymane zostały zarzuty zawarte w proteście, a także rozszerzono zakres zaskarżenia o naruszenie art. 7 ustawy pzp przez określenie warunków w sposób niejednoznaczny oraz nieprecyzyjne określenie dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w przetargu. W odwołaniu wniesiono o jego uwzględnienie i nakazanie zamawiającemu unieważnienie przetargu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy pzp. W zakresie interesu prawnego, wykonawca podkreślił, iż wystarczające jest samo jego zagrożenie i nie jest konieczne doznanie w nim uszczerbku. Interes prawny traktuje nie tylko w kategorii uzyskania zamówienia w wyniku konkretnego postępowania o zamówienie publiczne, ale również jako prawo do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołujący uznał, iż zamawiający nie wypełnił obowiązku adekwatności przy określeniu warunków udziału w postępowaniu oraz przy określeniu wymaganej dokumentacji, co narusza art. 7 ustawy pzp, albowiem stwarza podstawy do możliwości odmiennej interpretacji sposobu wykazania spełniania warunków, jak i podstawy do dowolnej oceny takiego faktu. Odwołujący podtrzymał stanowisko, iż posiada on doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia, stanowiącego przedmiot przetargu wraz z argumentacją przedstawioną w proteście. W pozostałym zakresie wykonawca powtórzył argumentację z protestu.

Na podstawie oryginału dokumentacji oraz stanowisk stron skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu w związku z brakiem wykazania przez odwołującego spełnienia materialno prawnej przesłanki zasadności wniesionego środka ochrony prawnej, tj. doznania lub możliwości doznania na skutek czynności zamawiającego uszczerbku w interesie prawnym, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą pzp. Brak uszczerbku w interesie prawnym wykonawcy w uzyskaniu zamówienia albo nie naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy prowadzi do oddalenia odwołania. Dla odwołującego, jako wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu, ustawa prawo zamówień publicznych w art. 179 ust. 1, uzależnia możliwość skutecznego wnoszenia środków odwoławczych od łącznego wystąpienia przesłanek, tj. naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, powstania uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia lub możliwości jego doznania oraz związku przyczynowego pomiędzy naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy a uszczerbkiem w interesie prawnym. Interes prawny rozumiany jest jako interes obiektywny, tj. interes rzeczywiście istniejący w świetle obowiązujących norm, usprawiedliwiony, uzasadniony i słuszny, a nie wyłącznie dotyczący określonej sfery prawnej i wynikający z subiektywnego zapatrywania (por. wyrok SO w Warszawie z 26.05.2008r., sygn. akt V Ca 927/08). Na gruncie Prawa zamówień publicznych ustawodawca bezpośrednio wskazał, iż interes prawny wykonawcy przejawia się w możliwości uzyskania zamówienia publicznego. Zatem, jeżeli wykonawca nie wykaże wpływu naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy na możliwość uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia, to tym samym nie spełniona zostanie jedna z przesłanek materialno prawnych skuteczności wniesionego środka ochrony prawnej. KIO podkreśla, iż związek przyczynowy musi wystąpić obiektywnie, tzn. mieć rzeczywisty wpływ na wybór oferty wnoszącego środek ochrony prawnej. Przyjęcie, iż interes prawny to nie tylko uzyskanie zamówienia w wyniku konkretnego postępowania o zamówienie publiczne, ale również prawo do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, stoi w sprzeczności z normą prawną, do której należy odnosić interes prawny (art. 179 ust. 1 i 2 ustawy pzp). Tym samym wykonawca, który złożył ofertę nie może mieć zatem interesu prawnego tylko w unieważnieniu postępowania. Stanowisko to jest szeroko akceptowane w doktrynie i orzecznictwie, w tym we wspomnianym powyżej orzeczeniu SO w Warszawie.

Jak wynika z treści wnoszonych środków ochrony prawnej (protestu i odwołania), wykonawca żąda jedynie unieważnienia postępowania, nie odnosi się natomiast w ogóle do ofert wybranych jako najkorzystniejsze w poszczególnych zadaniach, na które odwołujący złożył ofertę. A zatem, nawet w przypadku uwzględnienia podniesionych zarzutów nie będzie

on mógł uzyskać przedmiotowego zamówienia, gdyż jego pozycja w rankingu ofert ważnych nie ulegnie zmianie. Zgłoszone żądanie unieważnienia postępowania wskazywać może na intencję wykonawcy wnoszącego odwołanie, który zmierza wyłącznie do jego unieważnienia, a nie uzyskania przedmiotowego zamówienia poprzez eliminację z postępowania ofert konkurentów. Izba nie podziela poglądu przedstawionego na rozprawie, iż na skutek wykluczenia wykonawcy z postępowania został on pozbawiony prawa do wniesienia protestu wobec wyboru ofert najkorzystniejszych. Zamawiający przekazał w tym samym piśmie wykonawcy informację o wyborze ofert najkorzystniejszych oraz odrzuceniu jego oferty i wykluczeniu z postępowania. Wykonawca nie godząc się z takim rozstrzygnięciem postępowania powinien wnieść protest, jeżeli w jego ocenie wybór oferty najkorzystniejszej dokonany został z naruszeniem przepisów ustawy, czego nie uczynił, ograniczając zarzuty wyłącznie do czynności zamawiającego podjętej względem oferty odwołującego.

Wobec braku wykazania w/w przesłanki przesądzającej o konieczności oddalenia odwołania, KIO nie odnosiła się szczegółowo do dalszych zarzutów odwołania. Skład orzekający wprawdzie podzielił stanowisko odwołującego w zakresie braku niezgodności treści oferty wykonawcy ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdyż podstawa faktyczna podana przez zamawiającego sprowadza się do formy ,a nie treści oferty (w której formularzu wykonawca oświadczył, iż nie wnosi zastrzeżeń do siwz wraz z załącznikami, a także akceptuje warunki określone we wzorze umowy), a tym samym zasadność zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, to jednak nie przyjął za zasadną argumentację odwołującego dotyczącą opisu warunku udziału w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego treść uwagi zamieszczonej pod pkt 7.1.2 siwz, w szczególności podany przez zamawiającego przykład, nie pozostawia jakichkolwiek wątpliwości co do sposobu rozumienia warunku, jaki określił zamawiający w przypadku składania ofert na więcej niż jedno zadanie. Skoro wykonawcy nie kwestionowali na odpowiednim etapie postępowania zapisów specyfikacji, to stają się one wiążące, w szczególności w zakresie ustalonego sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i w tym zakresie Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego. Ocena ta jednak nie ma znaczenia w kontekście treści zapadłego rozstrzygnięcia, gdyż stwierdzone uchybienie w okolicznościach faktycznych postępowania pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. W szczególności Izba podkreśla, iż wykonawca zaniechał podnoszenia jakichkolwiek zarzutów względem ofert wybranych jako najkorzystniejsze, tańszych od oferty odwołującego się, co powoduje, iż stwierdzone przez KIO naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp., a w konsekwencji naruszenie art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, nie miało wpływu na wynik postępowania. W takim przypadku, zgodnie z art. 191 ust. 1 a *a contrario* Izba oddala odwołanie.

Zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy pzp. Izba nie mogła orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, tj. podnoszonego zarzutu naruszenia art. 7 ustawy w związku z opisem warunku udziału w postępowaniu w sposób ograniczający grono potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy prawo zamówień publicznych 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*