

Sygn. akt KIO/UZP 390 /09

WYROK
z dnia 8 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Majstrowicz

Członkowie: Luiza Łamejko
Jolanta Markowska

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 kwietnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **STRABAG Sp. z o.o. ul. Brechta 7, 03-472 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Finansów ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** protestu z dnia **17 marca 2009 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie zaproszenia wykonawców do składania ofert oraz nakazuje powtórzenie czynności zaproszenia do składania ofert z uwzględnieniem Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża **Ministerstwo Finansów ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** 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 uiszczonego przez **STRABAG Sp. z o.o. ul. Brechta 7, 03-472 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 112 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto dwanaście złotych zero groszy) przez **Ministerstwo Finansów ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** na rzecz **STRABAG Sp. z o.o. ul. Brechta 7, 03-472 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **STRABAG Sp. z o.o. ul. Brechta 7, 03-472 Warszawa.**

Uzasadnienie

Ministerstwo Finansów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest "Budowa Centrum Przetwarzania Danych" prowadzona w ramach projektu Konsolidacja i Centralizacja systemów celnych i podatkowych. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu opublikowane zostało 29 października 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 210-279063. Zamawiający pismem z dnia 29 stycznia 2009 r. (doręczonym 2 lutego 2009 r.) powiadomił wykonawcę Strabag sp.z o.o. o wykluczeniu wykonawcy z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2009 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223,poz.1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 11 lutego 2009 r. Odwołujący wniósł protest na czynność wykluczenia go z postępowania wskazując na naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust.1 i 3, art.24 ust.1 pkt 10, art.24 ust.2 pkt 3, art.26 ust.3 i 4 ustawy. W uzasadnieniu protestu Odwołujący zażądał unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania, powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz dopuszczenia protestującego do udziału w dalszej części postępowania.

Zamawiający pismem z dnia 23 lutego 2009 r. rozstrzygnął protest poprzez jego uwzględnienie w całości.

Pismem z dnia 9 marca 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu o unieważnieniu czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Strabag sp.zo.o. z siedzibą w Warszawie i dokonaniu czynności oceny wniosku tego wykonawcy. W piśmie tym Zamawiający wskazał nazwy wykonawców i liczbę przyznanych im punktów. W piśmie Zamawiający stwierdził, iż wykonawca Strabag sp.z o.o., którego wniosek oceniony został na 1 pkt „, jest szóstym wykonawcą spełniającym warunki udziału w postępowaniu i nie zostaje dopuszczony do składania ofert”.

W dniu 17 marca 2009 r. wykonawca Strabag sp.zo.o. wniósł protest na następujące czynności Zamawiającego:

1. niezgodną z prawem ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
2. dokonanie kwalifikacji wniosku protestującego jako szóstego wykonawcy spełniającego warunki udziału w postępowaniu
3. nie zaproszenie protestującego do składania ofert w przedmiotowym postępowaniu

4. dokonanie powtórnej oceny spełniania warunków w sposób niezgodny z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu przesłanym przez Zamawiającego pismem z dnia 23 lutego 2009 r.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art.7 ust.1 i 3 , art.51 ust.1a i 3 , art.183 ust.5 ustawy z dnia 29 stycznia 2009 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223,poz.1655 ze zm.).

W uzasadnieniu podniósł, iż jego wniosek powinien być zakwalifikowany na 5- tej pozycji, nie zaś na szóstej jak to uczynił zamawiający. Protestujący powołał się na treść pkt IV 1.2 Ogłoszenia przewidujący dokonanie kwalifikacji i zaproszenie do składania ofert pięciu wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, z zastrzeżeniem dyspozycji przepisu art.51 ust.2 i 3 ustawy. Zgodnie z ogłoszeniem wybranie zaproszonych wykonawców nastąpić miało spośród wykonawców, którzy otrzymali największą liczbę punktów za spełnienie warunku określonego w ogłoszeniu. Protestujący wskazał, iż treść ogłoszenia zawierała jednocześnie zapis, iż w razie zaistnienia sytuacji, w której większa liczba wykonawców spełnia warunki udziału w postępowaniu niż określona w ogłoszeniu Zamawiający zaprosi do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Ogłoszenie wskazywało, iż w przypadku wniosków, które otrzymały tę samą liczbę punktów i/lub zajmują pozycję od 1 do 5, to wszystkie wnioski zostaną zakwalifikowane i wykonawcy, którzy je złożyli zostaną zaproszeni do składania ofert.

W ocenie Protestującego zakwalifikowanie wniosku przez Zamawiającego na szóstej pozycji narusza przepisy ustawy, postanowienia sporządzonego przez niego ogłoszenia oraz jest niezgodne z rozstrzygnięciem protestu Odwołującego z dnia 23 lutego 2009 r. Zamawiający zaprosił do złożenia ofert wykonawców, których wnioski zajęły pozycje od 1 do 4, a nie jak wynika z treści ogłoszenia wszystkich wykonawców, których wnioski zajęły pozycję od 1 do 5. W ocenie Protestującego Zamawiający w trakcie postępowania zmienił zasady kwalifikacji wykonawców, zaś ciężar tej oceny przeniesiony został z obiektywnej oceny wniosków na subiektywne i nieokreślone kryteria Zamawiającego. Protestujący podniósł także naruszenie przez zamawiającego art.183 ust.5 tj. poprzez zaniechanie niezwłocznego powtórzenia oprotestowanych czynności tj. powtórnej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z ww. rozstrzygnięciem przez Zamawiającego protestu tego wykonawcy oraz zaniechanie dopuszczenia protestującego do udziału w dalszej części postępowania. Żądania Protestującego zawarte w proteście z dnia 11 lutego tj.unieważnienie czynności wykluczenia protestującego z postępowania, dokonanie powtórnej oceny ofert

oraz dopuszczenie protestującego do udziału w postępowaniu poprzez niezaproszenie protestującego do składania ofert, zostały uwzględnione w rozstrzygnięciu przedmiotowego protestu z dnia 23 lutego 2009 r.

Protestujący wniósł o dopuszczenie protestującego do udziału w dalszej części postępowania tj. powtórne dokonanie kwalifikacji wniosków złożonych w tym postępowaniu na podstawie kryteriów przyjętych w ogłoszeniu oraz zaproszenie protestującego do złożenia oferty, wyznaczenie terminu składania ofert zgodnie z treścią art.52 ust.2 ustawy, ewentualnie unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art.93 ust.1 pkt 7 w zw. z art.146 ust.1 pkt 5 i 6 ustawy, gdyż niezasadne niedopuszczenie protestującego do złożenia oferty powoduje, iż liczba wykonawców ubiegających się o to zamówienia została ograniczona w sposób niezgodny z zasadą równego traktowania wykonawców.

Zamawiający pismem z dnia 18 marca 2009 r. oddalił protest. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia wskazał, iż zapis ogłoszenia w pkt IV 1.2 dotyczący kwalifikacji wykonawców należy czytać łącznie z innymi postanowieniami ogłoszenia i ustawy, w tym z przepisem art.51 ust.2 zd.1 ustawy. Zamawiający przewidział w ogłoszeniu zaproszenie do składania ofert 5 wykonawców, którzy uzyskają najwyższe oceny. Zamawiający podniósł, iż zapis ogłoszenia „w przypadku wniosków, które otrzymały tę samą liczbę punktów i/lub zajmują pozycję od 1 do 5, wszystkie wnioski zostaną zakwalifikowane i wykonawcy, którzy je złożyli zostaną zaproszeni do składania ofert ” dotyczy sytuacji, w której na ostatnim miejscu znalazłoby się dwóch lub więcej wykonawców, którzy otrzymali równą liczbę punktów. W ocenie Zamawiającego uwzględnienie protestu z dnia 23 lutego 2009 r. nie zobowiązywało Zamawiającego do zaproszenia protestującego do złożenia oferty, a jedynie do powtórnej oceny wniosku protestującego polegającej na przyznaniu odpowiedniej punktacji.

W dniu 26 marca 2009 r. wykonawca Strabag sp.zo.o. wniósł odwołanie od oddalenia protestu przez Zamawiającego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący podtrzymał zarzuty, wnioski i argumentację zawartą w proteście z dnia 17 marca 2009r. Wskazał naruszenie przez Zamawiającego przepisów art.7 ust.1 i 3, art.51 ust.1a, ust 2 i 3 ustawy pzp, art. 183 ust 5 ustawy pzp poprzez:

- nie zakwalifikowanie do dalszego udziału w postępowaniu udziału wykonawcy, który w świetle zapisów ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu spełnia przesłanki konieczne do otrzymania zaproszenia do złożenia oferty
- prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców
- powtórne dokonanie czynności, w wyniku uwzględnienia w całości protestu złożonego przez Odwołującego, w sposób niezgodny z rozstrzygnięciem protestu.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie Odwołującego do udziału w dalszej części postępowania tj. zaproszenia Odwołującego - jako wykonawcy do złożenia oferty, którego wniosek sklasyfikowany powinien zostać na poz. 5, wyznaczenie terminu składania ofert zgodnie z treścią art. 52 ust 2 ustawy tj. terminu nie krótszego niż 40 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert, ewentualnie o unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust 1 pkt 5 i 6 ustawy.

Kopia odwołania została doręczona Zamawiającemu w dniu 26 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym, w szczególności postanowieniami ogłoszenia, pismem Zamawiającego z dnia 29 stycznia 2009 r. (z załączonym drukiem ZP-16), pismem Zamawiającego z dnia 9 marca 2009 r., po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron postępowania na rozprawie ustalił i zważył, co następuje:

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu 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.).

Zamawiający w pkt IV 1.2 Ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego 29 października 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 210-279063 przewidział dokonanie kwalifikacji i zaproszenie do składania ofert pięciu wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, z zastrzeżeniem dyspozycji przepisu art.51 ust.2 i 3 ustawy. Zgodnie z ogłoszeniem wybranie zaproszonych wykonawców nastąpić miało spośród wykonawców, którzy otrzymali największą liczbę punktów za spełnienie warunku określonego w ogłoszeniu. Zamawiający zastrzegł jednocześnie, iż w razie zaistnienia sytuacji, w której większa liczba wykonawców spełnia warunki udziału w postępowaniu niż określona w ogłoszeniu, zaprosi do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Ogłoszenie wskazywało także, iż w przypadku wniosków, które otrzymały tę samą liczbę punktów i/lub zajmują pozycję od 1 do 5, wszystkie wnioski zostaną zakwalifikowane i wykonawcy, którzy je złożyli zostaną zaproszeni do składania ofert.

Zamawiający pismem z dnia 29 stycznia 2009 r. poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i

otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków załączając druk ZP-16. Z analizy druku ZP-16 wynikało, iż następujące wnioski zajęły kolejne pozycje:

1. pozycję nr 1 zajął wniosek konsorcjum firm Budimex Dromex S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Ferrovia Agroman S.A. z Hiszpanii uzyskując 7 pkt.
2. pozycję nr 2 uzyskały wnioski dwóch konsorcjów – 1. Warbud S.A z siedzibą w Warszawie, Qumak-Sekom S.A. z siedzibą w Warszawie, Wola Info S.A. z siedzibą w Warszawie 2. Netline Group sp.zo.o. z siedzibą we Wrocławiu, Marwokat sp.zo.o. z siedzibą w Warszawie, Unikkon Integral sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie uzyskując taką samą liczbę punktów tj. 6 punktów .
3. pozycję 3 zajął wniosek konsorcjum Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Skanska Rashleigh Weatherfoilt Ltd uzyskując 3 punkty.
4. pozycję 4 po ocenie zajął wniosek konsorcjum firm Przedsiębiorstwa Techniczno-Budowlanego Nickiel sp. zo.o. oraz Comp-Win sp.zo.o. z siedzibą w Poznaniu uzyskując 2 punkty.

W druku ZP-16 przy wniosku Odwołującego nie została podana zbiorcza ocena wniosku oraz pozycja po ocenie, gdyż Zamawiający w dniu 2 lutego 2009 r. (pismem z dnia 29 stycznia 2009 r.) wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 3 ustawy, gdyż nie złożył on dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 11 lutego 2009 r. Odwołujący wniósł protest na czynność wykluczenia go z postępowania wskazując na naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust.1 i 3, art.24 ust.1 pkt 10, art.24 ust.2 pkt 3, art.26 ust.3 i 4 ustawy. W uzasadnieniu protestu Odwołujący zażądał unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania, powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz dopuszczenia protestującego do udziału w dalszej części postępowania.

Zamawiający pismem z dnia 23 lutego 2009 r. rozstrzygnął protest poprzez jego uwzględnienie w całości.

Natomiast pismem z dnia 9 marca 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu o unieważnieniu czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Strabag sp.zo.o. z siedzibą w Warszawie i dokonaniu czynności oceny wniosku tego wykonawcy. W piśmie tym Zamawiający wskazał nazwy wykonawców i liczbę przyznanych im punktów. W piśmie Zamawiający stwierdził, iż wykonawca Strabag sp.z o.o., którego wniosek oceniony został na 1 pkt „jest szóstym wykonawcą spełniającym warunki udziału w postępowaniu i nie zostaje dopuszczony do składania ofert”. Pismo to nie zawierało podania pozycji zajętych przez poszczególnych wykonawców. Na rozprawie

Zamawiający oświadczył, iż po 29 stycznia 2009 r. nie sporządził ponownie druku ZP-16 zawierającego obligatoryjnie rubrykę „pozycja po ocenie”.

W świetle powyższych okoliczności faktycznych, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż odwołanie wykonawcy Strabag sp.zo.o. z siedzibą w Warszawie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający naruszył art.7 ust.1 i 3, art.51 ust.1a oraz ust. 2 w związku z art.48 ust.2 pkt 6 ustawy.

Zamawiający zaniechał zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty, gdyż dokonał oceny wniosku niezgodnie z zapisami pkt IV 1.2. ogłoszenia, który wskazywał, iz w przypadku wniosków, które otrzymały tę samą liczbę punktów i/lub zajmują pozycję od 1 do 5, wszystkie wnioski zostaną zakwalifikowane i wykonawcy, którzy je złożyli zostaną zaproszeni do składania ofert.

Ogłoszenie wprowadzało zasadę zakwalifikowania do zaproszenia do składania ofert wykonawców, którzy za wnioski otrzymali taką samą liczbę punktów lub też zajęli pozycję od 1 do 5 w rankingu lub spełniają oba te warunki (tzn. otrzymali taką samą liczbę punktów i zajmują pozycję od 1 do 5). Decydujące znaczenie ma bowiem treść ogłoszenia skierowana do ogółu wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, zaś interpretacja jego treści powinna opierać się przede wszystkim na tekście dokumentu ogłoszenia.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła argumentacji Zamawiającego odnośnie interpretacji ogłoszenia w zakresie kwalifikacji wniosków, odwołującej się do instrukcji wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (str. 12), która nie zawierała w swojej treści spójnika „lub”, co wyklucza - zdaniem Zamawiającego - sytuację zakwalifikowania wniosku zajmującego pozycję od 1 do 5, w przypadku nie uzyskania przez wykonawców takiej samej liczby punktów.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej słuszne jest twierdzenie Odwołującego, iż po uwzględnieniu protestu przez Zamawiającego w dniu 23 lutego i przyznaniu mu 1 punktu, wniosek Odwołującego powinien zostać sklasyfikowany na 5-tej pozycji. Ocena pozostałych wniosków nie uległa bowiem zmianie, nie uległa zmianie także zajęta przez nie pozycja. W druku ZP-16 jako ostatnia pozycja została wskazana pozycja nr 4, po której na pozycji nr 5 powinien być zaklasyfikowany wniosek Odwołującego.

Zaniechanie zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty zgodnie z zasadami określonymi w ogłoszeniu stanowi naruszenie art.7 ust.1 i 3 ustawy zobowiązującej Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób nie naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a więc także z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych.

Zgodnie z przepisem art.51 ustawy Zamawiający powinien zaprosić do składania ofert wykonawców zajmujących pozycję od 1 do 5 z uwagi na brzmienie pkt IV 1.2 ogłoszenia o zamówieniu, w tym także Odwołującego, wyznaczając termin na składanie ofert zgodnie z przepisem art.52 ust.2-4 ustawy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający nie naruszył przepisu art.183 ust.5 ustawy. Zamawiający był zobowiązany do niezwłocznego powtórzenia oprotestowanej czynności oraz dokonania czynności zaniechanej po rozpatrzeniu wszystkich protestów wniesionych na czynność oceny wniosków. Dopuszczenie Wykonawcy do udziału w dalszej części postępowania, rozumiane jest w kontekście przepisów dotyczących przetargu ograniczonego zawartych w art.47-53 ustawy, jak zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty po dokonaniu przez Zamawiającego oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dopuszczenie do udziału w postępowaniu było możliwe po ewentualnym dokonaniu ponownej oceny wszystkich wniosków.

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji na podstawie art.191 a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba zasądziła koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie wskazanej w fakturze VAT przedłożonej przez Odwołującego na rozprawie zgodnie z § 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 (Dz.U z 2007 r. Nr 128, poz.886 ze zm.)

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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:

.....

.....