

Sygn. akt KIO/UZP 82/10

WYROK
z dnia 11 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Anna Packo

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik; adres: Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa) oraz Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o.** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Milanówek, ul. Kościuszki 45, 05-822 Milanówek** protestu z dnia 22 grudnia 2009 r.

przy udziale **BUD-INWENT Sp. z o.o., ul. Filtrowa 67 D, 02-055 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Milanówek

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się**

o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska Sp. z o.o. oraz Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o.

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gminę Milanówek** na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska Sp. z o.o. oraz Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o.** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska Sp. z o.o. oraz Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o.**

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

I. Gmina Milanówek (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. *„Inżynier dla projektu Modernizacja i rozbudowa systemu infrastruktury wodociągowo - kanalizacyjnej Gminy Milanówek (Rozbudowa kanalizacji sanitarnej -Etap II)“*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 20 czerwca 2009 r. i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 17 grudnia 2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych.

W dniu 22 grudnia 2009 r. BUD-INWENT Sp. z o.o. (dalej: Protestujący) – na tą czynność Zamawiającego złożył protest, zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 2, art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych wobec zaniechania wykluczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska Sp. z o.o. oraz Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. i zaniechanie

odrzućenia ich oferty. zaniechania czynności wyboru oferty BUD-INWENT Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej oraz wobec czynności unieważnienia postępowania.

W dn. 23 grudnia 2009 r. ECM Group Polska Sp. z o.o. oraz Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. przystąpili do postępowania protestacyjnego, żądając oddalenia protestu w zakresie zarzutów dotyczących ich oferty oraz żądając uwzględnienia protestu na czynność unieważnienia postępowania. Na tą ostatnią czynność również ECM Group Polska Sp. z o.o. oraz Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. złożyli własny protest z dnia 23 grudnia 2009 r. (a następnie odwołanie; postępowanie odwoławcze zostało zakończone postanowieniem sygn. akt KIO/UZP 100/10 w związku z wycofaniem odwołania).

W dn. 5 stycznia 2010 r. Zamawiający uwzględnił obydwie protesty w całości, w rozstrzygnięciu protestu nie podając uzasadnienia swojego stanowiska.

W związku z takim rozstrzygnięciem, ECM Group Polska Sp. z o.o. oraz Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum, Odwołujący) w dniu 15.01.2010 r. wnieśli do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, uprzednio przystąpiwszy do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

W odwołaniu, wniesionym od uwzględnienia zarzutów protestu BUD-INWENT, dotyczących oferty Konsorcjum, zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 oraz art. 22. ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. W odwołaniu wskazano, że po pierwsze zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Konsorcjum z postępowania są przedwczesne, bowiem Zamawiający nie dokonał wraz z oprotestowaną czynnością unieważnienia postępowania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, po drugie Odwołujący polemizował z podnoszonymi przeciwko jego ofercie zarzutami, wskazując na ich niezasadność.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu oddalenia protestu w części dotyczącej zarzutów zaniechania wykluczenia Odwołującego i odrzućenia jego oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił BUD-INWENT Sp. z o.o. (zwany dalej również Przystępującym).

II. Przed przystąpieniem do merytorycznego rozpatrywania odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu bada, czy nie zachodzą przesłanki odrzućenia odwołania, a na rozprawie bada, czy Odwołujący ma interes prawny.

Skład orzekający ustalił, że podstawą do wniesienia protestu była czynność Zamawiającego, o której uczestnicy postępowania powzięli wiadomość w dn. 17 grudnia

2009 r. (pismo z dn. 16 grudnia 2009 r., kopia w aktach sprawy). Zamawiający poinformował wykonawców, że została zakończona procedura uzupełniania dokumentów i składania przez wykonawców wyjaśnień do ofert, a niezależnie od powyższego zawiadomił również, iż unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych.

Procedura uzupełniania dokumentów, o której Zamawiający pisze w piśmie z dn. 16 grudnia 2009 r. przebiegała w związku z wykonaniem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 4 listopada 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1351/09, w którym Izba nakazała Zamawiającemu m.in. przeprowadzenie ponownego badania, oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty po uprzednim wezwaniu Konsorcjum do przedłożenia uprawnień budowlanych dla Specjalisty Nr 2 –obejmujących również uprawnienia w zakresie sieci gazowych.

Zamawiający w piśmie z dn. 16 grudnia opisuje, w jaki sposób wykonał orzeczenie Izby, i jakie dokumenty zostały złożone w wyniku wezwania. W podsumowaniu jednak Zamawiający nie wskazuje, w jaki sposób ocenił złożone dokumenty, i czy ostatecznie uznał, że Konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu, czy też nie, a jedynie stwierdził, że procedura wzywania do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnień „została zakończona”. Zamawiający nie dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, a przez skuteczne wniesienie środków ochrony prawnej, zakończonych ostatecznie wyrokiem KIO/UZP 1351/09 poprzedni wybór oferty najkorzystniejszej utracił moc.

Niezależnie od powyżej opisanych okoliczności, Zamawiający unieważnił postępowanie, uznając, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Protestujący oprotestował czynność unieważnienia postępowania i zaniechania wykluczenia Konsorcjum z postępowania. Zamawiający protest uwzględnił w całości, wskazując, że w związku z uwzględnieniem w całości żądań Protestującego, odstąpiono od uzasadnienia rozstrzygnięcia.

Odwołanie zostało złożone jedynie w zakresie uwzględnienia zarzutów dotyczących wykluczenia Konsorcjum z postępowania. Rzeczywiście, jak podnosił Odwołujący na rozprawie, zamiarem Zamawiającego mogło być uwzględnienie protestu jedynie w zakresie unieważnienia postępowania i dalsze prowadzenie czynności związanych z badaniem i oceną ofert, jednak z rozstrzygnięcia protestu wyraźnie wynika, że Zamawiający „uwzględnił protest w całości”, a więc co do wszystkich zarzutów i żądań. Zatem Odwołujący miał prawo uznać, że Zamawiający uwzględnił również zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Konsorcjum z postępowania. W tych okolicznościach Odwołujący, chcąc pozostać uczestnikiem postępowania, musiał złożyć odwołanie – gdyby tego nie uczynił, w przyszłości mogłaby zaistnieć sytuacja, że wykluczenie Konsorcjum z postępowania zostałoby uznane za zgodne z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (w piśmie Zamawiającego z dn. 16 grudnia 2009 r.).

Analizując możliwość rozstrzygnięcia odwołania, skład orzekający stwierdził, że słuszność ma Odwołujący, iż zarzuty protestu przeciwko Konsorcjum zostały podniesione przedwcześnie – bowiem Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej (a poprzedni wybór utracił moc, jak już wyżej zostało powiedziane, w związku z wniesieniem środków ochrony prawnej, zakończonych orzeczeniem KIO/UZP 1351/09).

Zarzucić zaniechanie wykluczenia/odrzucenia można wyłącznie po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej – do tego momentu bowiem Zamawiający może podejmować wszelkie czynności i dopóki o dokonanej czynności nie zawiadomi wykonawców, protest skierowany przeciwko ofercie konkurencyjnej musi być uznany za przedwczesny. O tym, że procedura badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego nadal trwa, świadczy okoliczność, że Zamawiający w dn. 14.01.2010 r. (po uwzględnieniu w całości protestu od którego wniesiono rozpatrywane odwołanie) dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie w dn.18.01.2010 r. unieważnił ten wybór.

W tym kontekście wątpliwe jest, na ile stanowisko Przystępującego prezentowane w przystąpieniu do postępowania odwoławczego i na rozprawie jest zgodne ze stanowiskiem Zamawiającego, który, co wynika z jego oświadczenia na rozprawie, mimo uwzględnienia zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia Odwołującego z postępowania, w dn. 14 stycznia br. uznał jego ofertę za najkorzystniejszą (zatem w rzeczywistości – jak wynika z czynności Zamawiającego dokonanych później – nie uznał zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia Konsorcjum z postępowania za zasadne).

Krajowa Izba Odwoławcza nie może ocenić prawidłowości dokonania czynności (bądź jej zaniechania) przez Zamawiającego, zanim Zamawiający dokona tej czynności. Zatem nie budziło wątpliwości składu orzekającego, że protest w zakresie zaniechania wykluczenia Konsorcjum z postępowania został wniesiony przedwcześnie. W niniejszej sytuacji nie wpływało to jednak na stwierdzenie, że zachodzi którakolwiek z przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych. W szczególności Izba stwierdziła, że zarówno protest, jak i odwołanie zostały wniesione w terminie, stąd brak przesłanki z art. 187 ust. 4 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, jedynie – po analizie wszystkich okoliczności – Izba uznała, że niektóre z zarzutów protestu zostały wniesione przedwcześnie. W ocenie składu orzekającego nie może to jednak wpłynąć na odrzucenie odwołania, bowiem przesłanki odrzucenia odwołania należy interpretować ściśle, a nie ulega wątpliwości – jak już wyżej stwierdzono - że protest i odwołanie zostały wniesiony w przepisany terminie.

Wobec powyższego odwołanie skierowano do rozpoznania na rozprawie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący miał interes prawny we wniesieniu odwołania od rozstrzygnięcia protestu, bowiem po uwzględnieniu przez Zamawiającego protestu złożonego przez Przystępującego w całości, Odwołujący miał prawo uznać, że uwzględniono również zarzuty odnoszące się do zaniechania wykluczenia go z postępowania/odrzucaenia jego oferty. W razie zaniechania wykluczenia Konsorcjum z postępowania Odwołujący ma szansę, aby jego oferta została uznana za najkorzystniejszą i ma szansę uzyskać zamówienie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego, Izba nie rozstrzygała merytorycznie podnoszonych w proteście (uwzględnieniu których to zarzutów Odwołujący sprzeciwiał się w odwołaniu), ponieważ - co wynika z niniejszego uzasadnienia powyżej - skład orzekający stwierdził, że zarzuty odnoszące się do zaniechania wykluczenia Konsorcjum z postępowania są przedwczesne wobec niedokonania przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Podsumowując, Izba przyznała rację Odwołującemu, że uwzględnienie protestu w zakresie zaniechania wykluczenia Konsorcjum z postępowania jest przedwczesne, a więc rozstrzygnięcie protestu w tym zakresie było nieprawidłowe.

Skład orzekający rozważał, czy odwołania nie należy oddalić ze względu na przepis art.191 ust. 1a Prawa zamówień publicznych, bowiem wynika z niego, że Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi, że naruszenie prawa miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Ostatecznie Izba stwierdziła, że rozstrzygnięcie protestu, z którego wynikało, że Zamawiający uwzględnia zarzuty dotyczące bezprawnego zaniechania wykluczenia Odwołującego z postępowania mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ mogłoby skutkować wykluczeniem Odwołującego z postępowania, wobec czego orzeczono jak w sentencji, nie nakazując dokonania żadnej czynności.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła kosztów na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy przez Odwołującego, ponieważ z dokumentacji postępowania nie wynika jakikolwiek związek między wystawcą rachunku, dotyczącego „zastępstwa procesowego”, złożonego na rozprawie, a którymkolwiek z pełnomocników. Wobec powyższego Izba uznała, że Odwołujący nie przedłożył do akt sprawy rachunków, dokumentujących poniesienie uzasadnionych kosztów, które są wymagane zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 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 2007r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....