

Sygn. akt: KIO/UZP 459/08

WYROK
z dnia 28 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 maja 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DIRINGER & SCHEIDEL Polska Sp. z o.o., 70-028 Szczecin, ul. Chmielewskiego 22A oraz DIRINGER & SCHEIDEL ROHRSANIERUNG GmbH & Co. KG** od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego **Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 71-682 Szczecin, ul. Golisza 10** protestu z dnia 28 kwietnia 2008r.

przy udziale **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TECO Sp. z o.o., 51-502 Wrocław, ul. Mydlana 1 oraz RABMER BAU-u. Installations GmbH & Co. KG z Altenberg** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DIRINGER & SCHEIDEL Polska Sp. z o.o., 70-028 Szczecin, ul. Chmielewskiego 22A oraz DIRINGER & SCHEIDEL ROHRSANIERUNG GmbH & Co. KG** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr. (słownie: Cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**

DIRINGER & SCHEIDEL Polska Sp. z o.o. ze Szczecina oraz DIRINGER & SCHEIDEL ROHRSANIERUNG GmbH & Co. KG,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 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 **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DIRINGER & SCHEIDEL Polska Sp. z o.o., 70-028 Szczecin, ul. Chmielewskiego 22A oraz DIRINGER & SCHEIDEL ROHRSANIERUNG GmbH & Co. KG.**

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

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie renowacji sieci wodociągowej (numer referencyjny 2000/PL/16/P/PE/016-21), ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 lutego 2008r. pod numerem 40265.

Zamawiający w dniu 23 kwietnia 2008r. zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, iż w specyfikacji (IDW) zamieścił błędną informację o terminie związania ofertą, wskazując, iż „termin związania ofertą wynosi 60 dni”, a powinno być „Wykonawca pozostaje związany złożoną ofertą przez 30 dni”.

W dniu 28 kwietnia 2008r., protest złożył wykonawca Dringer&Scheidel Polska Sp. z o.o. na czynność Zamawiającego polegającej na:

1. zwróceniu się do wykonawców, którzy złożyli oferty z prośbą o przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni;
2. wskazaniu, iż Zamawiający podał błędną informację w pkt 20 IDW o 60 dniowym terminie związania ofertą.

zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 38 ust. 4 Prawa zamówień publicznych i wnosząc o cofnięcie oświadczenia woli Zamawiającego w zakresie, o którym mowa w piśmie z dnia 22 kwietnia 2008r., ewentualnie o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż przekazana przez Zamawiającego informacja o błędnym oznaczeniu terminu związania ofertą wraz z podaniem prawidłowej informacji w tym zakresie, stanowiło zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepisy ustawy nie przewidują możliwości dokonania poprawienia zapisów specyfikacji na zasadzie usuwania błędów, a tym bardziej dokonywania jakichkolwiek zmian po terminie złożenia ofert. Dokonana przez Zamawiającego zmiana siwz możliwa była wyłącznie przed terminem składania ofert w trybie przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp i tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach, na którą to okoliczność przywołał orzeczenia Zespołów Arbitrów. Protestujący wskazał, iż w związku z koniecznością złożenia gwarancji z okresem ważności 60 dni, poniósł dodatkowe koszty, wynikające z objęcia gwarancją dłuższego okresu ubezpieczenia. Jednocześnie wskazuje, iż wszyscy wykonawcy, za wyjątkiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IRMA Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy Marek Bogucicki z siedzibą w Szczecinie oraz Zakład Instalacji Sanitarnych i Budownictwa Drogowego z Wrocławia, wnieśli wadium na okres 60 dni. Jedynie wskazani wykonawcy wnieśli wadium na okres 30 dni przez co ich oferta, na skutek wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą, zostałyby konwalidowane niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Tym samym dokonana przez Zamawiającego zmiana zapisów siwz narusza art. 38 ust. 4, co narusza interes prawny protestującego w uzyskaniu zamówienia. Jednocześnie protestujący wskazał, iż nie uwzględnienie protestu doprowadzi do nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, albowiem w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania.

Zamawiający, w dniu 08 maja 2008r., oddalił protest, uznając go w całości za bezzasadny. Warunek określony przez Zamawiającego w punkcie 20 IDW ogłoszonej siwz dotyczył terminu, w jakim wykonawcy będą związani złożonymi ofertami. Zamawiający związany jest nieprzekraczalnymi terminami określonymi w art. 85 ust. 1 ustawy. Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Wspólnot Europejskich (Dz. U. z 2007r. Nr 241, poz. 1762), w przypadku Zamawiającego, 30-dniowy termin związania ofertą dotyczy postępowań o wartości przedmiotu zamówienia większej niż 206.000 Euro i mniejszej niż 5.150.000 Euro

(dla robót budowlanych). Wskazany w siwz 60 – dniowy termin związania ofertą miałby zastosowanie, jeżeli wartość zamówienia zawierała się pomiędzy kwotą 5.150.000 euro, a kwotą 20.000.000 euro. Tym samym w postępowaniach poniżej progów unijnych, maksymalny termin związania ofertą wynosi 30 dni. Wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego wyniosła 1.500.000 euro netto. Zamawiający swoją omyłkę zauważył dopiero po otwarciu ofert. Na podstawie art. 85 ust. 2, Zamawiający skorzystał z prawa wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą o kolejne 30 dni, tj. do 29 maja 2008r. W ocenie Zamawiającego przekazana wykonawcom wraz z prośbą o przedłużenie okresu ważności wadium, informacja o wykrytej omyłce nie jest zmianą zapisów siwz, a tym samym nie narusza postanowień art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. i przez to nie może być podstawą do unieważnienia postępowania. Zachowanie Zamawiającego świadczy o przestrzeganiu zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący wniósł w dniu 13 maja 2008 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzuty podniesione w proteście. Wniósł o nakazanie Zamawiającemu cofnięcie oświadczenia woli objętego pismem z dnia 22 kwietnia 2008r., ewentualnie o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jako dotkniętego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, na skutek naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. W treści uzasadnienia, Odwołujący podnosi, iż zgodnie ze złożonymi ofertami, wszyscy wykonawcy oświadczyli, iż pozostają związani ofertą przez 60 dni. Prośba o przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 30 dni ma na celu wyłącznie uzdrowienie oferty wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, gdyż ich oferta powinna podlegać odrzuceniu, ponieważ wykonawca wniósł wadium na okres 30 dni, a jednocześnie złożył oświadczenie, że jest związany ofertą przez 60 dni.

W dniu 20 maja 2008r. (faksem), potwierdzonego pismem przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegając się o zamówienie publiczne TECO Sp. z o.o. z Wrocławia oraz RABMER BAU-u. Installations GmbH & Co. KG, Altenberg w Austrii.

Izba dopuściła na posiedzeniu do udziału w postępowaniu przystępującego do odwołania po stronie Zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji z akt sprawy oraz stanowisk stron przedstawionych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił, jak poniżej.

W postępowaniu oferty złożyły trzy konsorcja:

- TECO Sp. z o.o. z Wrocławia oraz RABMER BAU-u Installations GmbH&Co. KG z Altenberg (1.042.576,13 PLN),

- DRINGER&SCHEIDEL POLSKA Sp. z o.o. ze Szczecina oraz DRINGER&SCHEIDEL ROHRSANIERUNG GmbH&Co.KG z Mannheim (1.207.800,00 PLN),

- IRMA Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy Marek Bogucki ze Szczecina oraz Zakład Instalacji Sanitarnych i Budownictwa Drogowego z Wrocławia (1.106.495,78 PLN).

W dniu 25 kwietnia 2008 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: TECO Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu ul. Mydlana 1 oraz RABMER BAU-u. Installations GmbH & Co. KG z siedzibą w Altenberg, Bruckbachweg 23.

Odwołujący złożył ofertę wspólnie z wykonawcą DRINGER&SCHEIDEL ROHRSANIERUNG GmbH&Co.KG z siedzibą w Mannheim (Niemcy), Wilhelm-Wundt-Strasse 19. Oferta wykonawców była trzecią w kolejności, z uwagi na wysokość zaoferowanej ceny wykonania roboty budowlanej.

Pismem z dnia 22 kwietnia 2008r. (doręczonym Odwołującemu w dniu 23 kwietnia 2008r.) Zamawiający wezwał wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni, tj. do 29 maja 2008r., jednocześnie wzywając do przedłużenia terminu ważności wadium.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie posiada interesu prawnego we wniesieniu odwołania. Zarzuty objęte protestem z dnia 28 kwietnia 2008r. i następnie podtrzymane w odwołaniu wniesionym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczą czynności Zamawiającego z dnia 22 kwietnia 2008r., podjętej w toku postępowania, która nie pozostaje w związku z utratą możliwości uzyskania zamówienia przez Odwołującego. Ewentualne naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp., przez dokonanie zmiany terminu związania ofertą już po otwarciu ofert, mogłoby mieć wpływ na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego, jeżeli na skutek działań Zamawiającego wybrana zostałaby oferta wykonawcy, który przedłużył ważność wadium wniesionego na krótszy okres związania ofertą, niż określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Sama czynność wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą wraz z terminem ważności wadium nie powoduje zmiany w pozycji oferty złożonej przez Odwołującego. Dopiero dalsze czynności Zamawiającego podjęte w zakresie rozstrzygnięcia postępowania mają znaczenie w kontekście oceny wpływu na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego. Ponieważ Zamawiający, w dniu 25 kwietnia 2008r. (na trzy dni przed złożeniem protestu) dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, Odwołujący winien objąć zakresem protestu, również czynność Zamawiającego polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej.

Jak wynika z przedłożonej dokumentacji, a także treści protestu, wezwanie do przedłużenia ważności wadium mogło mieć faktycznie znaczenie w odniesieniu do oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, których oferta zajęła drugie miejsce w rankingu ofert pod względem ceny.

Kwestia interesu prawnego i jego rozumienia w kontekście skuteczności wnoszenia środków ochrony prawnej, była wielokrotnie przedmiotem rozstrzygnięć sądów powszechnych. Analiza orzecznictwa sądowego sprowadza się do wniosku, iż interes prawny istnieje wówczas, gdy w konkretnym, toczącym się postępowaniu, w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego wykonawca traci możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą (por. SO w Białymstoku sygn. akt II Ca 104/06, SO w Warszawie sygn. akt. V Ca 2402/05). W związku z brakiem zarzutów względem dwóch ofert, które zajęły wyższe miejsce w rankingu, w tym oferty wybranej jako najkorzystniejsza, skład orzekający uznał, iż wykonawca nie posiada interesu prawnego we wniesieniu odwołania, gdyż nawet w przypadku uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 38.4 ustawy Pzp, nie prowadziłoby to do uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

W związku z niewypełnieniem materialnoprawnej przesłanki do wniesienia środków ochrony prawnej, tj. posiadania interesu prawnego, skład orzekający odstąpił od rozpatrzenia zarzutów objętych odwołaniem, w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku sprawy.

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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....