

Sygn. akt KIO/UZP 513/08

WYROK
z dnia 9 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo
Stanisław Sadowy

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych "POL-AQUA" S.A., Piaseczno, ul. Dworska 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Konstancin-Jeziorna, Konstancin-Jeziorna, ul. Warszawska 32** protestu z dnia 16.05.2008r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Robót Górniczych „METRO” Sp. z o.o., Warszawa, ul. Wólczyńska 133** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Konstancin-Jeziorna, Konstancin-Jeziorna, ul. Warszawska 32**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych "POL-AQUA" S.A., Piaseczno, ul. Dworska 1,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Konstancin-Jeziorna, Konstancin-Jeziorna, ul. Warszawska 32** na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych "POL-AQUA" S.A., Piaseczno, ul. Dworska 1,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych "POL-AQUA" S.A., Piaseczno, ul. Dworska 1.**

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

W dniu 07.04.2008r., Gmina Konstancin-Jeziorna, 05-520 Konstancin-Jeziorna, ul. Warszawska 32 (zwana dalej Zamawiającym), ogłosiła postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Kanalizacja sanitarna i wodociąg ul. Piaseczyńska/Pułaskiego I etap - dokończenie: droga 721, oraz II etap odc. od ul. Kołobrzesckiej do ul. Śniadeckich” i w tym samym dniu zamieściła Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Wartość zamówienia oszacowano na 3 324 740,35 euro.

W dniu 13.05.2008r. Zamawiający zwrócił się do Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” SA (zwanego dalej Odwołującym) o uzupełnienie dokumentów (opisu metody odwodnienia z przedstawieniem kosztów, składniki cenotwórcze, wykaz kadry). W związku z tym wezwaniem został złożony w dn. 15.05.2008r. protest przez Odwołującego. O wniesieniu tego protestu Zamawiający powiadomił uczestników postępowania w dniu 15.05.2008r. Po zapoznaniu się z protestem załączonym do wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia protestu (na podstawie którego powzięto wiadomość o podstawie do wniesienia protestu – tj. wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentów z dn. 13.05.2008r.), w dniu 16.05.2008r. Przedsiębiorstwo Robót Górniczych „METRO” Sp. z o.o. złożyło protest, W proteście zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655; dalej: Prawo zamówień

publicznych), poprzez wezwanie do uzupełnienia dokumentów Odwołującego, mimo, iż jego oferta podlega odrzuceniu, ponieważ zawiera błąd w obliczeniu ceny. Zdaniem Protestującego, Zamawiający wzywając Wykonawcę do uzupełniania dokumentów, stwierdził wcześniej, że jego oferta nie podlega odrzuceniu, co było błędnym założeniem, ponieważ winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Prawa zamówień publicznych, jako że zawiera błąd w obliczeniu ceny oraz jest niezgodna z treścią SIWZ (opisano metodologię odwadniania, pomijając przedstawienie kosztów).

O wniesieniu protestu Zamawiający poinformował uczestników postępowania w dniu 20.05.2008r.; do postępowania toczącego się w wyniku protestu w dniu 21 maja br. przystąpił Odwołujący.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 23.05.2008r. uwzględniając go w całości (w uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający doprecyzował, iż protest uwzględnia w zakresie wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów, oraz zapowiedział, że dokona ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych), w tym samym dniu informując o swojej decyzji uczestników postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Odwołujący w dniu 28.05.2008r. (wpływ bezpośredni) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W odwołaniu Odwołujący wskazał, że uwzględniając protest Zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1, art. 88, art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6, art.183 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, podniósł następujące zarzuty:

1. Zamawiający nie dokonał jeszcze czynności badania i oceny ofert, dlatego protest, wnoszący o powtórzenie dokonania tej czynności, powinien być uznany przez Zamawiającego za przedwczesny,
2. oferta Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ i nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, ponieważ w SIWZ nie zawarto wymogu przedstawienia metody odwodnienia wraz z analizą kosztów, ponadto wskazując, że w SIWZ przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe.

W dniu 09.06.2008r., przed otwarciem posiedzenia, do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Przedsiębiorstwo Robót Górniczych „METRO” Sp. z o.o.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ gdyby nie złożył odwołania od rozstrzygnięcia protestu uwzględniającego w całości zarzuty Protestującego, wówczas mógłby utracić prawo do oprotestowania decyzji Zamawiającego o ewentualnym odrzuceniu jego oferty w przyszłości, jeżeli odrzucenie oparte byłoby na przesłankach wskazanych w proteście.

Zdaniem składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący słusznie stwierdził, iż protest Przedsiębiorstwa Robót Górniczych „METRO” Sp. z o.o. w zakresie dotyczącym powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Odwołującego należało uznać za przedwczesny. Czynność odrzucenia oferty musi być wyrażona w sposób jasny i jednoznaczny, jej dokonania nie można domniemywać z samego faktu wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Do dnia rozprawy Zamawiający nie dokonał czynności badania i oceny ofert, czego rezultatem byłoby ewentualne wykluczenie wykonawców, odrzucenie ofert i wybór oferty najkorzystniejszej. Gdyby Zamawiający dokonał tych czynności, poinformowałby o tym uczestników postępowania. Z samej czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie można wywodzić faktu, iż Zamawiający już bezwzględnie uznał, że wykonawca wezwany złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, mimo że tak może sugerować literalne brzmienie przywołanego przepisu. W świetle powyższego, można mieć wątpliwości co do prawidłowości (i formalnej, i merytorycznej) zawartej w uzasadnieniu protestu zapowiedzi powtórzenia badania i oceny ofert „mając na względzie brzmienie art. 89 ust. 1 pkt 2”, ponieważ czynność ta nie została jeszcze dokonana – a przynajmniej fakt ten nie został podany do wiadomości uczestnikom postępowania. Zgodnie z brzmieniem art. 92 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zamawiający, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, m. in. o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia. Zawiadomienie o wyżej wymienionych czynnościach powinno nastąpić równocześnie – przepis ten miał na celu koncentrację postępowań protestacyjnych. Zatem, mimo że zamawiający dokonuje kolejno różnych czynności, mających na celu zbadanie, czy wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz czy ich oferty nie podlegają odrzuceniu, to są to raczej czynności faktyczne, a znaczenia prawne ma dopiero ostateczny efekt tej czynności – wybór oferty najkorzystniejszej wraz z informacją o wykonawcach

wykluczonych i ofertach odrzuconych (bowiem dopiero o tej decyzji zamawiający informuje wykonawców).

Jednak, jeżeli wykonawca, jeszcze przed uzyskaniem informacji, którą ofertę zamawiający uznał za najkorzystniejszą, poweźmie wiadomość o dokonaniu (bądź zaniechaniu) czynności odrzucenia oferty, nie można pozbawiać go prawa do wniesienia protestu (w tym wypadku protest był oparty na domniemaniu faktu, że oferta Odwołującego została uznana przez Zamawiającego za niepodlegającą odrzuceniu – wobec czego skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznał, iż mógł on wnieść protest, ponieważ przymiotu legitymacji do wniesienia protestu nie można uzależniać od faktu, czy zarzuty podnoszone w proteście i domniemania, na jakich są oparte, są słuszne i prawdziwe).

Nie ulega wątpliwości, iż przyjęło się w praktyce, iż Zamawiający najpierw bada, czy wykonawcy, którzy złożyli oferty, spełniają warunki udziału w postępowaniu, ewentualnie wzywa do uzupełnienia dokumentów, a następnie dopiero bada, czy oferty nie podlegają odrzuceniu. Faktycznie czynności te dokonywane są w tym samym czasie – tj. przed wyborem oferty najkorzystniejszej – i ich kolejność jest bez znaczenia; informacja o powziętych czynnościach zostaje przekazana wszystkim wykonawcom równocześnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej. Przepis art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w jego pełnym brzmieniu („Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania”) może znaleźć zastosowanie tylko w odniesieniu do bezspornie oczywistych przesłanek odrzucenia oferty, co w praktyce zdarza się sporadycznie.

Wskazać zatem należy, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wykonawcy, który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu, nie będzie naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych, ponieważ z punktu widzenia interesów wykonawcy zasadne może być kwestionowanie przesłanek odrzucenia jego oferty, a tego prawa nie można mu odmawiać niejako z góry – dlatego założenie Protestującego, dotyczące domniemania braku przesłanek odrzucenia oferty wobec wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie może być uznane za słuszne.

Wobec powyższych okoliczności skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, że podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego (w rozstrzygnięciu protestu poprzez jego uwzględnienie w całości, a równoczesne ambiwalentne sugestie dotyczące zapowiedzi powtórzenia czynności oceny ofert) art. 183 ust. 4 Prawa zamówień publicznych jest zasadny.

Niezależnie od uznania, że protest w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego jest przedwczesny, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznał za właściwe odnieść się również do zarzutów dotyczących przesłanek ewentualnego odrzucenia, ponieważ w razie gdyby Zamawiający faktycznie odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego na podstawie przesłanek wskazanych w proteście z dnia 16.05.2008r., na co następnie Odwołujący mógłby wnieść nowe środki ochrony prawnej - nie można wykluczyć, że odwołanie zostałoby odrzucone na podstawie art. 187 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, jako że powoływałoby się na okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania wniesionego przez tego samego odwołującego się w tym samym postępowaniu.

Po analizie dokumentacji postępowania, w tym w szczególności SIWZ i oryginałów ofert przedłożonych przez Zamawiającego na rozprawie skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznał, że zarzuty podniesione w odwołaniu, dotyczące braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego są zasadne. Zatem, jak słusznie stwierdził Odwołujący w przystąpieniu do protestu i w odwołaniu, doszło do naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Prawa zamówień publicznych.

W SIWZ opisano sposób obliczenia ceny, wskazując, że cena będzie ceną ryczałtową (rozdział XVII SIWZ, s. 10); ponadto Zamawiający podkreślał, że przedmiary robót stanowią jedynie element pomocniczy). W załączniku do SIWZ - projekcie (który wbrew twierdzeniom Odwołującego, zgodnie z art. 31 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, stanowi część SIWZ) w pkt 7.5 zatytułowanym „Odwodnienie” wskazano, jak powinno się szacować koszty odwodnienia – na podstawie „szczegółowego opisu przyjętej metody odwodnienia”. Z opisu nie wynika jednak, aby sposób oszacowania należało dołączyć do oferty. Dalej wskazano na sposób opisaną analizy własnej kosztów odwodnienia – w odniesieniu do tej analizy również nie wskazano, iż powinna być dołączona do oferty. Wskazówki odnośnie metody wyceny i metody odwadniania zawiera również przekazane wykonawcom pismo projektanta z dnia 22.01.2008r. (wskazanie na konkretną metodę, wycena we własnym zakresie przez wykonawców).

Bezsporne jest, że w ofercie Odwołującego zawarto opis poszczególnych czynności, lecz bez przedstawienia kosztów (str. 51 i 52 oferty).

Po przeanalizowaniu wyżej opisanych dokumentów, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, że w SIWZ nie zawarto jednoznacznego wymogu załączenia do oferty opisu metody odwadniania i analizy jej kosztów. Zamawiający w SIWZ Rozdział XIII „Opis sposobu przygotowania ofert” określił, jak należy przygotować ofertę, w dalszych rozdziałach Zamawiający opisał, kiedy wykonawca ulegnie wykluczeniu, a jego oferta – odrzuceniu. W rozdziale VIII opisano, jakie oświadczenia i dokumenty należy złożyć, aby

potwierdzić warunki udziału w postępowaniu. W żadnym miejscu SIWZ natomiast nie opisano, jakie dokumenty należy złożyć, aby zamawiający mógł ocenić czy treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ, w szczególności nie opisano, jakie dokumenty należy złożyć na potwierdzenie, że oferowane roboty mają spełnić wymagania Zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych). Sporny opis metody odwodnienia można byłoby uznać za taki dokument, jednak Zamawiający nie wyraził wprost wymogu, że należy go załączyć do oferty (co dokument powinien zawierać i o jakim stopniu szczegółowości), a zasadą jest, że lista dokumentów, jakie należy załączyć do oferty winna być podana do wiadomości wykonawców w sposób jasny i jednoznaczny. Okoliczność ta jest zasadniczo bez znaczenia dla rozstrzygnięcia wniesionego odwołania, skoro bezsporne jest, że opis został dołączony do oferty Odwołującego i jest zgodny z oczekiwaną przez Zamawiającego metodą odwodnienia. Przystępujący sam przyznał, że opis zawarty w ofercie Odwołującego jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego jedynie co do braku przedstawienia składników ceny.

Odnosząc się do braku przedstawienia kosztów pracy ludzi, sprzętu i zużytych materiałów, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, iż po pierwsze, wymóg ten nie był zawarty w specyfikacji, po drugie – wobec faktu, że cena jest ceną ryczałtową, brak załączenia kosztów nie stanowi (gdyby nawet stwierdzić istnienie takiego wymogu), okoliczności skutkującej odrzuceniem oferty. Skoro cena jest ryczałtowa, przyjąć należy, że opis poszczególnych czynności wykonywanych w ramach odwodnienia stanowi wystarczającą treść oferty, niezbędną zamawiającemu do przyszłej realizacji umowy.

Tym samym, brak dołączenia tych dokumentów nie świadczy o konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 88 Prawa zamówień publicznych (nie stwierdzono bowiem błędu w obliczeniu ceny).

Reasumując, nie stwierdzono istnienia przesłanek odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Prawa zamówień publicznych; stwierdzono naruszenie przez Zamawiającego naruszenia art. 7. ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 88, art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 i art. 183 ust. 4 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższych okoliczności orzeczono jak na wstępie.

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

Uwzględniono koszty zastępstwa Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), bowiem jest to maksymalna kwota, określona przez par. 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 2007r., Nr 128, poz. 886).

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:

.....

.....