

Sygn. akt: KIO/UZP 747/08

WYROK
z dnia 01 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

**Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Barbara Bettman**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~1~~ w dniach 01.08.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego S.A., 03-199 Warszawa, ul. Modlińska 17** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie, 03-194 Warszawa, ul. Zarzecze 13B** protestu / ~~protestów~~* z dnia 15.07.2008 r.

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

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego S.A., 03-199 Warszawa, ul. Modlińska 17**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego S.A., 03-199 Warszawa, ul. Modlińska 17,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr (słownie:)
przez na rzecz,
stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu
- 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 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego S.A., 03-199 Warszawa, ul. Modlińska 17.**

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

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30.05.2008r. pod nr 114 782.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego jest wykonanie zabezpieczenia podnóża wysokiej skarpy w Wyszogrodzie (gm. Wyszogród, pow. Płock, woj. mazowieckie) przed niszczącym działaniem wód wezbraniowych na odcinku od istniejącego ubezpieczenia brzegu Wisły w km.586,800 do ubezpieczeń przy nowym moście, któremu nadano numer EZ 312 03 08.

Zamawiającym jest Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie, ul. Zarzeczce 13 B, 03 -194 Warszawa zwany dalej „Zamawiającym”.

W dniu 15.07.2008r. został złożony protest na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A. ul.Modlińska 17, 03-199 Warszawa zwane dalej "Odwołującym" na następujące czynności Zamawiającego :

1. czynności badania i oceny ofert (oceny warunków spełnienia warunków udziału)
2. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący w złożonym proteście zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. Nr 223 poz. 1655) zwanej dalej "ustawą Pzp" :

1. art. 89 ust.1 pkt 2,
2. art.24 ust.2 pkt 2,
3. art.24 ust.1 pkt 10,
4. art.22 ust.1 pkt 2,
5. art.7 ust.3.

Podstawę uzasadnienia stanowią zarzuty w stosunku do wybranej oferty oraz czynności w tym zaniechanie przez Zamawiającego :

1. Wybór oferty Konsorcjum wykonawców : HYDROTECHNIKA -Colcrete – von Essen Sp. z o.o. w Szczecinie, Colcrete – von Essen GmbH & Co.KG w Rastede (Niemcy), WMW Marek Pestilenz i Wojciech Pestilenz Spółka Jawna Krokowa zwany dalej "Wykonawca wybranym" pomimo, że w formularzu oferty złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, przez co oferta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co winno skutkować wykluczeniem z postępowania, .
2. wybór oferty Wykonawcy wybranego pomimo, że treść oferty nie odpowiada treści Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia), co winno skutkować odrzuceniem oferty,
3. decyzja o wyborze oferty nie odbyła się zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Z powyższych względów Odwołujący w złożonym proteście domaga się :

1. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
2. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. wykluczenia Wykonawcy wybranego,
4. odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego,
5. dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej oferty składającego protest Odwołującego.

Interes prawny Odwołującego składającego protest przejawia się w tym, że przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy wybranego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp uniemożliwia jemu uzyskanie zamówienia.

W uzasadnieniu składający protest Odwołujący przedstawił następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Wykonawca wybrany w zał. Nr 6 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazał, że do wykonania robót pogłębiarskich i wykonywania nasypów zatrudnił podwykonawcę EMO Baczewscy. Z kolei w formularzu oferty wykonanie robót przy pomocy podwykonawcy zostało wykreślone.

W ogłoszeniu o zamówieniu w SEKCJI III pkt.2 Zamawiający wymagał:

1. w ppkt 5 wykazu podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia z podaniem zakresu wykonywanych przez nie czynności,
2. w ppkt 10 wykazu sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia będącego w dyspozycji wykonawcy lub przewidywanego do pozyskania z innych źródeł (z wskazaniem tego źródła).

Wykonawca wybrany w zał. Nr 6 do wniosku o dopuszczenie podał, że podwykonawca EMO Baczewscy wykonają roboty pogłębiarskie i wykonywanie nasypów. W załączniku nr 12 do wniosku o dopuszczenie podał, że pogłębiarka ssąco-refulująca o wydajności 400 m³ / h jest własnością EMO Baczewscy. Co oznacza, że nie wynajmie od tego podwykonawcy sprzętu tylko zleci jej wykonanie.

Z kolei Wykonawca wybrany w formularzu ofertowym wykreślił pkt 5 "Podwykonawstwo...". W związku z tym oferta cenowa Wykonawcy wybranego nie jest spójna z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tym samym w ocenie Odwołującego na dzień składania oferty Wykonawca wybrany nie dysponuje pogłębiarką ssąco-refulującą, co było potwierdzeniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a to powinno skutkować wykluczeniem z postępowania. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 87 ust.1 ustawy nie dopuszcza się jakichkolwiek zmian w treści złożonej oferty. Tym samym skoro oferta jest niezgodna z warunkami postawionymi przez Zamawiającego zarówno w Ogłoszeniu jak i w SIWZ to powinno skutkować jej odrzuceniem zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Na poparcie swojego stanowiska powołał orzeczenie Zespołu Arbitrów z dnia 15.07.2004r. o Sygn. Akt UZP/ZO/0- 1058/04 gdzie stwierdzono, że niezgodność treści oferty należy oceniać w kontekście oczekiwań Zamawiającego, które są zdefiniowane w SIWZ.

Reasumując Odwołujący w złożonym proteście z siebie tylko znanych powodów nie ocenił należyście oferty Wykonawcy wybranego, czym naruszył art. 7 ustawy Pzp. odnoszący się do zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z powyższych względów protest powinien być przez Zamawiającego uznany jako zasadny.

Pismem z dnia 17.07.2008r. Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez uwzględnienie jego w części w zakresie :

1. unieważnienia dotychczas dokonanej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający przedstawił następujący stan faktyczno-prawny.

Zdaniem Zamawiającego wnioski zawarte w proteście co do nie dysponowania sprzętem przez Wykonawcę wybranego są nieuprawnione, ponieważ nie należy wykluczać możliwości rezygnacji z podwykonawstwa przy wykonywaniu zadania lub dysponowania przy realizacji robót innym sprzętem niż w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Bowiem wykonawca ma prawo do przedstawiania w różnych datach (wnioski o dopuszczenie do udziału z dnia 05.06.2008r. i formularz ofertowy z dnia 07.07.2008r.) różnych stanów faktycznych zarówno co do dysponowania sprzętem jak i co do podwykonawstwa.

W ocenie Zamawiającego tym bardziej w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, gdzie dopiero na etapie składania ofert wykonawcy otrzymują SIWZ, mogą oni wprowadzać zmiany na dzień złożenia oferty w stosunku do oświadczeń na etapie składania wniosków do dopuszczenia do udziału w postępowaniu.

Bowiem żaden przepis nie zabrania dokonywania tego rodzaju zmian na poszczególnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia.

Nadal w ocenie Zamawiającego oferta Wykonawcy jest ważna i najkorzystniejsza.

Niemniej Zamawiający przyznaje, że sytuacja nie jest jasna i zamierza czynności wymienione we wstępie jego pisma uzupełnić o czynność wyjaśnienia w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp. W sytuacji w kontekście skreślenia w ofercie podwykonawcy i wobec tego okoliczności co do dysponowania sprzętem przez wykonawcę.

Na rozstrzygnięcie protestu Odwołujący w dniu 21.07.2008r. wniósł odwołanie wobec nie rozpoznania w części jego protestu zarzucając naruszenie :

1. art.183 ust.4 ustawy Pzp poprzez nie rozstrzygnięcie wszystkich żądań to jest :
wykluczenia Wykonawcy wybranego, odrzucenia jego oferty, dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego
2. art.181 ust.2 ustawy Pzp poprzez niedoinformowanie o zawieszeniu terminu związania ofertą do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu :

1. wykluczenia Wykonawcy wybranego i nakazanie odrzucenia jego oferty,
2. dokonania wyboru oferty Odwołującego,
3. powtórzenia czynności oceny i badania ofert.,
4. zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Podtrzymał argumentację faktyczną i prawną zawartą w proteście na okoliczność, że Wykonawca wybrany podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu.

Ponadto rozstrzygnięciu zarzucił szereg uwag formalnych i stwierdził, że jego protest nie został rozpoznany w całości.

W ocenie Odwołującego można domniemywać, że skoro Zamawiający uwzględnił protest to również rozstrzygnął żądania zawarte w kolejnych pozostałych punktach. Dla wykazania swoich racji Odwołujący przywołuje komentatorów ustawy Pzp J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, M. Stachowiak oraz orzeczenie Z.A. UZP/ZO/0-2979/O6 na potwierdzenie, że Zamawiający jest zobowiązany odnieść się do każdego zarzutu i żądania oraz że sam fakt uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności oznacza uznanie również żądań zawartych w kolejnych punktach (pkt 3 i 4) protestu.

Odnosząc się do zapowiedzi Zamawiającego dokonania procedury wyjaśnień to Odwołujący przewiduje dwa rodzaje możliwych sytuacji:

1. Wykonawca wybrany stwierdził, że popełnił oczywistą omyłkę,
2. Wykonawca wybrany stwierdzi, że wynajmie wymagany sprzęt.

Reasumując Odwołujący w złożonym odwołaniu stwierdza, że skoro Zamawiający zajął merytoryczne stanowisko poprzez uwzględnienie odwołania i podjęcie decyzji o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty ora powtórzeniu czynności badania i oceny ofert to powinien rozpatrzyć wszystkie pozostałe zarzuty Odwołującego oraz wszystkie jego żądania. Tym samym w ocenie Odwołującego jest nieuprawnione pozostawienie bez rozpoznania żądania wykluczenia, odrzucenia i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Rozstrzygnięcie protestu tym samym jest niepełne, a przez to wewnętrznie sprzeczne.

Zamawiający skoro przystąpił do rozpoznania protestu, czyli nie pozostawił go bez rozpoznania, to powinien rozpoznać go w całości, a nie pozostawiając w niewiedzy co z nierozpoznanymi zarzutami w zakresie wykluczenia, odrzucenia. Na dowód, że takim postępowaniem Zamawiający narusza art 183 ust.4 ustawy Pzp Odwołujący cytuje fragment wyżej wymienionego komentarza autorstwa J.Jerzykowski, W.Dzierżanowski, M.Stachowiak. Z kolei powyżej przywołane orzeczenie zespołów arbitrów w ocenie Odwołującego wskazuje na to, że skoro Zamawiający uwzględnił odwołanie i powtarza oprotestowaną czynność to tym samym nie może inaczej postąpić jak uwzględnić żądania odwołującego i po ponownym badaniu i ocenie ofert wykluczyć Wykonawcę wybranego, odrzucić jego ofertę i w konsekwencji wybrać ofertę Odwołującego. Tym bardziej, że w ocenie odwołującego zapowiedź wszczęcia postępowania wyjaśniającego może tylko i wyłącznie doprowadzić do zmiany oferty co stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Podsumowując swoje wywody Odwołujący stwierdza, że jego odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

W dniu 24.07.2008r. Odwołujący uzupełnił odwołanie wnosząc i wywodząc jak odwołaniu.

W dniu 28.07.2008r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie i uzupełnienie odpowiedzi wnosząc i wywodząc jak w rozstrzygnięciu protestu .

Na rozprawie Odwołujący cofnął zarzut naruszenia przez Zamawiającego zart. 181 ust. 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił co następuje.

Protest został wniesiony w związku z dokonaniem wyborem najkorzystniejszej oferty w trybie przetargu ograniczonego.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia występowało dwóch wykonawców w tym Odwołujący.

W proteście Odwołujący zażądał

1. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
2. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. wykluczenia Wykonawcy wybranego,
4. odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego,
5. dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej oferty składającego protest Odwołującego.

Zamawiający rozstrzygając protest uwzględnił go w części w następujący sposób :

1. unieważnienia dotychczas dokonanej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Przy czym Zamawiający w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu odnosząc się do zarzutów Odwołującego podniesionych w proteście stwierdził , że nie zgadza się z nimi to jest, że zmiana w zakresie podwykonawstwa w ofercie w stosunku do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powoduje sytuację, że Wykonawca wybrany nie dysponuje wymaganym sprzętem, który stanowi własność podwykonawcy.

Niemniej Zamawiający stwierdził, że wobec podniesionych zarzutów przez Odwołującego w proteście powstała wątpliwość w zakresie dysponowania sprzętem przez Wykonawcę

wybranego i dlatego w trakcie ponownego badania ofert wystąpi w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp o wyjaśnienie w tym zakresie.

Na takie rozstrzygnięcie protestu Odwołujący złożył odwołanie zarzucając Zamawiającemu, że naruszył art. 183 ust.4 ustawy Pzp, ponieważ przystępując do merytorycznego rozpoznania protestu nie rozpoznał wszystkich jego zarzutów i żądań, a dotyczących wykluczenia, odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Według wiedzy Odwołującego Zamawiający skoro przystępuje do rozpoznania protestu to nie ma prawa pozostawić bez rozpoznania części zarzutów i żądań.

W związku z tym w złożonym odwołaniu podtrzymał całą argumentację formalno prawną na poparcie żądania wykluczenia, odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego i żądania wyboru jako najkorzystniejszej jego oferty.

Skład orzekający Izby zważył co następuje :

Odwołujący nie posiada interesu prawnego we wniesieniu odwołania.

Zgodnie z art. 179 ust.1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej w tym protest, odwołanie mogą składać osoby, których interes prawny może lub doznaje uszczerbku w wyniku czynności bądź zaniechania Zamawiającego dokonywanych z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Co do złożonego protestu to należy stwierdzić, że Odwołujący posiadał interes prawny, ponieważ przedstawił argumentację wskazującą na dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem zasad postępowania w zakresie podwykonawstwa oraz dysponowania sprzętem przez Wykonawcę wybranego, a był jedynym wykonawcą poza nim i jego oferta nie została odrzucona, więc mógł liczyć na uzyskanie zamówienia, w przypadku uwzględnienia jego protestu.

Natomiast jego sytuacja prawna w zakresie interesu prawnego w złożonym odwołaniu kształtowała się zupełnie odmiennie niż w złożonym proteście a to dlatego, że Zamawiający po pierwsze uwzględnił protest w części dotyczącej ważności dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty poprzez unieważnienie tej czynności, czyli na dzień rozstrzygnięcia protestu nie dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej i zarówno dotychczasowy Wykonawca wybrany jak i Odwołujący mają taką samą sytuację co do możliwości uzyskania zamówienia. Po drugie Zamawiający zniwelował tą decyzją unieważnienie dokonanego wyboru, wszelkie zarzuty, że wykonawca wybrany powinien być wykluczony, a jego oferta odrzucona. Po trzecie Zamawiający zarządził ponowne badanie i ocenę ofert i znów Odwołujący w związku z taką zapowiedzią nie jest w stanie wykazać, że narusza ta decyzja jakkolwiek przepis ustawy. Po czwarte Zamawiający określił (w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu), że dokona wyjaśnienia treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1

ustawy Pzp i co do zasady prawo takie Zamawiającemu przysługuje, a sposób czy wyniki tegoż postępowania wyjaśniającego nie można tak jak to czyni Odwołujący z góry kwestionować przed ich wykonaniem.

W ocenie składu orzekającego Izby skoro Zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty, zarządził ponowne badanie i ocenę ofert z przewidywanym postępowaniem wyjaśniającym, to Odwołujący nie ma interesu prawnego w myśl art. 179 ust.1 ustawy Pzp do zaskarżania braku rozstrzygnięcia dalszych zarzutów z protestu, a dotyczących żądania wykluczenia, odrzucenia oferty wybranej w tym żądania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej bo jedynej pozostałej po dotychczasowym Wykonawcy wybranym.

W kontekście zawisłej do rozpoznania sprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w związku z art. 183 ust.5 ustawy Pzp należy stwierdzić, że zachodzą przesłanki z pkt 1 to jest „W przypadku uwzględnienia protestu zamawiający powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej niezwłocznie jeżeli uwzględnił wszystkie zgłoszone żądania”, ponieważ Izba nie może rozstrzygać protestu w zakresie pozostałych żądań to jest wykluczenia, odrzucenia, wyboru oferty Odwołującego, skoro rozstrzygnięcie tych zarzutów nie może nastąpić bez uprzedniego powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Tak więc dyspozycje zawarte w art. 183 ust. 5 ustawy Pzp należy rozpatrywać w kontekście poszczególnych czynności Zamawiającego, a tą czynnością był wybór Wykonawcy wybranego. Skoro Zamawiający uwzględnił zarzut dotyczący wyboru najkorzystniejszej oferty to należy roznieć, że uwzględnił wszystkie zgłoszone żądania przez Odwołującego w myśl art.183 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono zgodnie z wynikiem sprawy myśl art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

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/~~postanowienie~~* - 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*