

Sygn. akt: KIO/UZP 448/09

**WYROK**

**z dnia 20 kwietnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Luiza Łamejko

**Członkowie:** Andrzej Niwicki

Anna Packo

**Protokolant:** Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Edytę Dagmarę Psut prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa PROJEKT-BUD Edyta Psut, Warszawa, ul. Podwale 17** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Instytut Lotnictwa, Warszawa, Al. Krakowska 110/114** protestu z dnia 23 marca 2009 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Edytę Dagmarę Psut prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa PROJEKT-BUD Edyta Psut, Warszawa, ul. Podwale 17 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 uiszczanego przez **Edytę Dagmarę Psut prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa PROJEKT-BUD Edyta Psut, Warszawa, ul. Podwale 17,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600,00 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Edytę Dagmarę Psut prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa PROJEKT-BUD Edyta Psut, Warszawa, ul. Podwale 17** na rzecz **Instytutu Lotnictwa, Warszawa, Al. Krakowska 110/114** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
  
- 3) dokonać zwrotu kwoty 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Edyty Dagmary Psut prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa PROJEKT-BUD Edyta Psut, Warszawa, ul. Podwale 17.**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający tj. Instytut Lotnictwa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację parteru budynku TB (biblioteka) w Instytucie Lotnictwa. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 lutego 2009 r. pod numerem 42631-2009.

W dniu 20 marca 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Edytę Dagmarę Psut prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa PROJEKT-BUD Edyta Psut zwaną dalej Odwołującym o odrzuceniu oferty ww. Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp z powodu nie złożenia wykazu podwykonawców wraz zakresem ich prac lub oświadczenia o niezatrudnianiu podwykonawców. Pismem z tego samego dnia Zamawiający poinformował Odwołującego również o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W dniu 23 marca 2009 r. Odwołujący wniósł protest wobec czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego jako nie spełniającej wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien wezwać Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu podwykonawców lub oświadczenia w tym zakresie, wymaganego przez Zamawiającego w pkt 9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołujący podkreślił, iż ww. przepis nakłada na Zamawiającego obowiązek wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentu, nie pozostawiając Zamawiającemu dowolności w tym zakresie. Jak wskazał Odwołujący, na skutek zaniechania powyższego, a tym samym naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający unieważnił postępowanie.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- wezwanie Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu podwykonawców, którzy będą brali udział w realizacji zamówienia wraz z zakresem ich prac lub oświadczenia o niezatrudnianiu podwykonawców,

- dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 31 marca 2009 r. przez jego odrzucenie. Zdaniem Zamawiającego, ustawodawca umożliwił uzupełnianie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyłącznie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, określonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87 poz. 605 z późn. zm.). W ocenie Zamawiającego, wykaz podwykonawców i oświadczenie o niezatrudnianiu podwykonawców, nie są dokumentami, które mogą podlegać uzupełnieniu.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się Odwołujący, który wniósł w dniu 6 kwietnia 2009 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów,
- art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania,
- art. 181 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania, mimo iż w następstwie wniesionego przez Odwołującego protestu postępowanie ulega zawieszeniu do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu,
- art. 180 ust. 7 ustawy Pzp przez odrzucenie protestu, mimo że protest złożono w ustawowym terminie oraz przez podmiot do tego uprawniony.

Odwołujący podniósł, iż art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyraźnie odwołuje się do oświadczeń i dokumentów, o jakich mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a z treści ww. przepisu wynika, że do oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania należą oświadczenia i dokumenty wskazane przez Zamawiającego m.in. w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Jak podkreślił Odwołujący, wykaz podwykonawców i oświadczenie o niezatrudnianiu podwykonawców zostały przewidziane przez Zamawiającego w pkt 9 Specyfikacji, zatem, w ocenie Odwołującego, jeżeli wśród oświadczeń i dokumentów niezbędnych dla przeprowadzenia przedmiotowego postępowania, a wymaganych przez Zamawiającego w Specyfikacji, znalazły się ww. dokumenty, to oczywiste jest, że w przypadku braku takiego dokumentu Zamawiający zobowiązany jest do wezwania Wykonawcy do jego uzupełnienia.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, a w konsekwencji także czynności polegającej na unieważnieniu postępowania,
- wezwanie Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów,
- ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Wartość przedmiotu zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 800 000 zł, co stanowi równowartość 206 339 euro.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 4 Wykonawców. Dwóch Wykonawców zostało wykluczonych z udziału w postępowaniu, oferta jednego z Wykonawców została odrzucona. Ranking wszystkich złożonych w postępowaniu ofert pod względem zaoferowanych cen przedstawia się następująco:

- Firma Handlowo Usługowa PROJEKT-BUD Edyta Psut – 828 147,05 zł,
- Firma Usługowo - Handlowa ROMAX Roman Kołacz – 829 600 zł,
- Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ILTRON Marek Pracki – 955 024,54 zł,
- ABC Inwestycje Sp. z o.o. – 1 134 600 zł.

Kryteriami oceny ofert są cena (75%) oraz termin wykonania (25%).

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (strona 6) Zamawiający wymagał, aby złożona przez Wykonawców oferta zawierała m.in. wykaz podwykonawców, którzy będą brali udział w realizacji zamówienia, wraz z zakresem ich prac lub oświadczeniem o niezatrudnianiu podwykonawców.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp uprawniający do korzystania ze środków ochrony prawnej. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp w trakcie postępowania mogłoby bowiem spowodować uszczerbek w interesie prawnym Odwołującego, gdyż jego oferta zawiera najniższą cenę spośród ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadza się do możliwości uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp żądanego przez Zamawiającego wykazu podwykonawców lub oświadczenia o niezatrudnianiu podwykonawców. Zgodnie z dyspozycją ww. przepisu uzupełnieniu podlegają wyłącznie dokumenty przewidziane w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zatem możliwość uzupełnienia dotyczy dokumentów i oświadczeń składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego. Zakres dokumentów, jakich może żądać zamawiający na potwierdzenie powyższego wyznacza rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wydane na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter wyjątkowy i należy interpretować go literalnie, zatem instytucji uzupełniania dokumentów nie można odnosić do innych niż wymienione w ww. rozporządzeniu dokumentów, stanowiących element oferty, za który Izba uznała sporny wykaz podwykonawców bądź oświadczenie w tym zakresie. Zarówno wykaz podwykonawców, jak i oświadczenie o ich niezatrudnianiu nie stanowią ani dokumentów podmiotowych składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ani dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia, nie mieszczą się więc w dyspozycji art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego, Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp za niezasadny.

Jednocześnie wskazać należy, iż wartość prowadzonego przez Zamawiającego postępowania określona została, jak wskazano powyżej, na kwotę niższą od tzw. progów unijnych określonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. z 2007 r. Nr 241, poz. 1862). W postępowaniu o takiej wartości odwołanie

przysługuje, zgodnie z art. 184 ust. 1a ustawy Pzp, wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty.

W katalogu tym nie mieści się zatem czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania. Wobec powyższego, zarzuty dotyczące unieważnienia postępowania mogą być rozpoznawane przez Izbę tylko w takim zakresie, w jakim wpływa na nie czynność odrzucenia oferty Odwołującego. Z uwagi na bezzasadność zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego, zarzut wobec czynności unieważnienia postępowania Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 181 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten reguluje jedynie kwestię terminu związania ofertą, jednak zawieszenie biegu terminu związania ofertą nie jest jednoznaczne z zawieszeniem postępowania. Ponadto, czynność unieważnienia postępowania została dokonana przez Zamawiającego przed wniesieniem protestu. Należy również zwrócić uwagę, iż ze względu na dyspozycję art. 183 ust. 5 ustawy Pzp, Zamawiający nie jest uprawniony do powtórzenia oprotestowanej czynności lub dokonania czynności bezprawnie zaniechanej, jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych w proteście żądań nie zostało uwzględnione. W ustawie brak jest jednak zakazu dokonywania przez Zamawiającego kolejnej czynności w postępowaniu, za wyjątkiem zawarcia umowy (art. 182 ust. 1 ustawy Pzp), choć wstrzymanie się od takiego działania uznać należy za zasadne z uwagi na możliwość potwierdzenia się stawianych przez wykonawcę zarzutów.

Jednocześnie za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 180 ust. 7 ustawy Pzp. Protest wniesiony przez Odwołującego złożony został w terminie, przez podmiot uprawniony i jest dopuszczalny na gruncie art. 181 ust. 6 ustawy Pzp, nie ma zatem podstaw do jego odrzucenia. W sytuacji, gdy zarzuty podnoszone w proteście nie zasługują, w ocenie Zamawiającego, na uwzględnienie, powinien on taki protest oddalić, co też Zamawiający w istocie uczynił, jak wynika z treści rozstrzygnięcia protestu.

Potwierdzenie się naruszenia przez Zamawiającego art. 180 ust. 7 ustawy Pzp pozostaje bez wpływu na sentencję orzeczenia z uwagi na fakt, iż nie ma wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 191 ust. 1a ustawy Pzp tylko takie naruszenie przepisów ustawy, które ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania może prowadzić do uwzględnienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 2 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 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Odwołującego uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł.

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:**

.....

.....