

Sygn. akt: KIO 1610/16

WYROK
z dnia 9 września 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2016 r. przez wykonawcę M. N. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa M. N. w Bystrzycy Kłodzkiej w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Wałbrzyski Związek Wodociągów i Kanalizacji z Wałbrzycha przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Wodno Melioracyjne w Ząbkowicach Śląskich Sp. z o.o. (pełnomocnik) oraz Zakład Inżynierii Sanitarnej WINSAN L. W., Z. W. Sp. j. z siedzibą Ścinawka Średnia zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę M. N. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa M. N. w Bystrzycy Kłodzkiej i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. N. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa M. N. w Bystrzycy Kłodzkiej tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Świdnicy.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Wałbrzyski Związek Wodociągów i Kanalizacji z Wałbrzycha – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *budowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej - Nowa Wieś na terenie gminy Walim*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 lipca 2016 roku pod numerem 134607.

29 sierpnia 2016 roku działając na podstawie art. 179 ust.1, art. 180 ust. 2 pkt 4 i art. 182 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący – M. N. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa M. N. w Bystrzycy Kłodzkiej – wniósł odwołanie wobec czynności niezgodnego z prawem odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy. Odwołujący wskazał, że oferta Odwołującego spełnia wymagania Zamawiającego określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), oferta najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy tj. zgodnie z kryteriami oceny ofert. W wyniku powyższego – podniósł Odwołujący - faktyczny interes prawny Odwołującego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy w rozstrzygnięciu postępowania odwoławczego nie budzi zastrzeżeń. Obwołanie zostaje wniesione zgodnie z terminem, o którym mowa w treści art. 182 ust.1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący wskazał, że odwołanie zostało wniesione wobec wykonania niezgodnej z przepisami ustawy czynności odrzucenie oferty Odwołującego oraz nie dochowania należytej staranności podczas czynności badania i oceny oferty. Wskazał Odwołujący na naruszenie fundamentalnej zasady zamówień publicznych, tj. przeprowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji przez uniemożliwienie Odwołującemu dostępu do realizacji zamówienia. Zamawiający swym postępowaniem naruszył następujące przepisy ustawy, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2, art.7 ust.1 i 3, art. 26 ust. 4, art. 87 ust. 1 i 2 oraz 92 ust. 1 pkt 2 ustawy .

Ponadto z ostrożności procesowej Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem fundamentalnej zasady uczciwej konkurencji i

równego traktowania uczestników postępowania.

2. Naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy w związku z wyborem oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy.
3. Naruszenie art. 26 ust. 4 i/lub art. 87 ust. 1 przez nie zwrócenie się Zamawiającego o złożenie wyjaśnień do treści oferty i/lub dokumentów złożonych wraz z ofertą.
4. Naruszenie art. 87 ust. 2 przez zaniechanie czynności poprawy oczywistych omyłek w treści oferty nie mających istotnego wpływu na treść oferty.
5. Nie dochowanie należytej staranności w toku czynności badania i oceny złożonych ofert.

Odwołujący wskazał, że oferta Odwołującego w pełni spełnia odpowiada treści i celowi określonymu w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W zaistniałym stanie faktycznym i prawnym oferta Odwołującego jest oferta najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania; unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert; wyboru jako oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty oraz zasądzenie kosztów postępowania, stosownie do treści art. 192 ust. 9 ustawy w związku z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów, wydanym na podstawie delegacji art. 198 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wraz z uwzględnieniem kosztów uczestnictwa w rozprawie.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Pismem (faks) z dnia 24 sierpnia 2016 roku (data wpływu 24 sierpnia 2016 r.) Zamawiający przekazał Odwołującemu zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz informację o odrzuceniu oferty Odwołującego. Z przekazanej treści zawiadomienia wynika, że oferta odwołującego została uznana za odrzuconą jako nieodpowiadająca treści SIWZ. Podstawę prawną odrzucenia oferty według Zamawiającego stanowi treść art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, tj. niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W piśmie zamawiającego brak jest przedstawienia rzetelnego uzasadnienia prawnego i faktycznego (por. art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy) odrzucenia oferty Odwołującego.

W przywołanym w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty (podstawa prawna art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy) Zamawiający wskazał, iż (...) *uznaje ofertę nr 8 za sprzeczną z zapisami SIWZ skutkuje równocześnie niemożliwością porównania jej z innymi ofertami złożonymi w niniejszym postępowaniu (...).*

Odwołujący wskazał, że powyższy zarzut nie znajduje żadnego uzasadnienia faktycznego ani prawnego w stosunku do treści oferty złożonej przez Odwołującego, a w szczególności do celu w jakim została złożona. Odwołujący w oświadczeniu woli wyrażonym w treści złożonej oferty odnosząc się do wymagań określonych w treści SIWZ, ogłoszenia w sposób jednoznaczny

oświadczył wolę realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z postanowieniami SIWZ. Treść złożonej w postępowaniu oferty w pełni potwierdza realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ jak i dokumentacji projektowo-budowlanej. Treść oferty jest w pełni porównywalna z ofertami innych wykonawców, zatem podlega ona pełnej ocenie i winna być uznana za ofertę najkorzystniejszą. Mając na uwadze powyższe oraz stan faktyczny i prawny postępowania, Odwołanie zasługuje na uwzględnienie

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 zew zmianami dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 sierpnia 2016 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Wodno Melioracyjne w Ząbkowicach Śląskich Sp. z o.o. (pełnomocnik) oraz Zakład Inżynierii Sanitarnej WINSAN L. W., Z. W. Sp. j. z siedzibą Ścinawka Średnia, który to wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 2 września 2016 roku w wyniku wezwania go do udziału w postępowaniu odwoławczym z dnia 30 sierpnia 2016 roku.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu

jak również pismo Zamawiającego z dnia 8 września 2016 roku „Odpowiedź na odwołanie”, a także „Pismo procesowe przystępującego do postępowania po stronie Zamawiającego” z dnia 7 września 2016 roku.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W ocenie Izby wyspecyfikowane przez Odwołującego naruszenie przepisów ustawy w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania nie znajduje uzasadnienia w treści odwołania.

Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań*), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna.

Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”*

Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”*

Przenosząc powyższe stwierdzenia Sądu na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że poczyniona przez Odwołującego w części odwołania zawierającej uzasadnienie argumentacja jest ogólna i nie odnosząca się do żadnych konkretnych faktów. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający wskazał uzasadnienie dokonanego odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazując pozycje kosztorysu ofertowego niezgodne z przedmiarami zawartymi w dokumentacji postępowania. Zamawiający, w sposób zrozumiały, w treści pisma wskazał jakie postawił wymagania w przedmiarach oraz jaka została złożona oferta przez Odwołującego w tych pozycjach. Odwołujący, przedstawiając okoliczności faktyczne w sposób lakoniczny i ogólnikowy, nie wskazał żadnych sprecyzowanych faktów, nie odniósł do żadnej z konkretnych informacji przedstawionych przez Zamawiającego. Powołanie jedynie podstawy prawnej i to np. w przypadku art. 87 ust. 2 ustawy bez odniesienia się do konkretnego punktu lub wskazanie naruszenia przepisów w sposób alternatywny (art. 26 ust. 4 i/lub art. 87 ust. 1) bez jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego wskazującego na zaniechania dokonania danych czynności nie może stanowić prawidłowo podniesionego zarzutu postępowania. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Gliwicach w swoim uzasadnieniu, Izba i w tym przypadku z uwagi na brak jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego, braku odniesienia się Odwołującego do konkretnych okoliczności faktycznych leżących u podstaw wniesienia odwołania, nie może ich samodzielnie wprowadzać do postępowania.

Podkreślić należy, że w orzecznictwie wskazuje się, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradiktoryjnym. Istota kontradyktryjności zawiera się natomiast w

ograniczeniu roli organu/sądu prowadzącego postępowanie, a pozostawieniu inicjatywy w zakresie podejmowanych czynności stronom - uczestnikom postępowania, które zaangażowane są w spór. To strony - uczestnicy postępowania wyznaczają zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym (na gruncie postępowania cywilnego - pozew, lub wniosek w postępowaniu nieprocesowym, a w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą - odwołanie). Ten wniosek rozpoczynający spór między stronami wyznacza zakres rozstrzygnięcia postępowania, określa jego ramy, wskazując zarazem intencje Odwołującego.

Izba wskazuje, że pełne przedstawienie zarzutów i żądań w odwołaniu ma znaczenie nie tylko dla zachowania ustawowego, zawitego terminu na jego wniesienie ale także - wobec obowiązku przekazania kopii odwołania Zamawiającemu - służy zapewnieniu możliwości analizy jego zasadności i podjęcia ewentualnej decyzji o jego uwzględnieniu. Na podstawie podniesionych zarzutów wraz z korespondującymi z nimi żądaniami, Zamawiający może opracować odpowiedź na odwołanie, rozważyć decyzję o uwzględnieniu zarzutów w całości (art. 186 ustawy). Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie określonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów. W rozpoznawanej sprawie w zasadzie nie wiadomo jest z czym nie zgadza się Odwołujący poza tym, że się nie zgadza z decyzją Zamawiającego i że złożył stosowe oświadczenie woli zgodnie z którym zobowiązał się do realizacji zamówienia zgodnie z dokumentacją postępowania. Odwołujący wskazując na naruszenie art. 92 ustawy nie wykazał w żaden sposób na czym owo naruszenie miałyby polegać, bowiem z pisma Zamawiającego przedstawiającego podstawy odrzucenia oferty wynika w sposób jasny i klarowny co też tą podstawą było. Odwołujący nie zbudował w ocenie Izby zarzutów odwołania, samo odniesienie się do stwierdzenia Zamawiającego, wyrwanego z kontekstu całego pisma zawiadamiającego o podstawach odrzucenia oferty Odwołującego a odnoszącego się do niemożliwości porównania oferty Odwołującego z innymi złożonymi w postępowaniu stanowi konsekwencję i skutek podstaw faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego wskazanych przez Zamawiającego.

Izba podkreśla, że każdorazowo, zakres rozstrzygnięcia – po myśli art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny oferty. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, zawartości oferty,

w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. W rozpoznanej sprawie nie ma żadnego odniesienia się do stanu faktycznego, do faktycznych podstaw stanowiących podstawę odrzucenia oferty Odwołującego. Zaznaczyć należy, że odnoszenie się do poszczególnych elementów stanowiących uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego dopiero na etapie postępowania odwoławczego stanowi kształtowanie nowych, niewyartykułowanych w odwołaniu zarzutów i nie może zostać uznane za poprawne, bowiem zarzuty te są już spóźnione. Brak określenia zarzutów w odwołaniu czyli, poza podstawą prawną, wskazania uzasadnienia faktycznego leżącego u podstaw wnoszonego środka ochrony prawnej stanowił przyczynę oddalenia odwołania z uwagi na brak możliwości jego rozpoznania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: