

WYROK
z dnia 12 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Barbara Bettman

Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SITA Polska Sp. z o.o., 02-981 Warszawa, ul. Zawodzie 5** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Oczyszczania Miasta, 00-508 Warszawa, Al. Jerozolimskie 11/19** protestu z dnia 26 sierpnia 2009 r. 1

przy udziale wykonawcy **POLSUPER Sp. z o.o., 00-333 Warszawa, ul. Krakowskie Przedmieście 4/6** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie wszystkich czynności w części dotyczącej rejonu I;

2. Kosztami postępowania obciąża Zarząd Oczyszczania Miasta, 00-508 Warszawa, Al. Jerozolimskie 11/19 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SITA Polska Sp. z o.o., 02-981 Warszawa, ul. Zawodzie 5,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Zarząd Oczyszczania Miasta, 00-508 Warszawa, Al. Jerozolimskie 11/19** na rzecz **SITA Polska Sp. z o.o., 02-981 Warszawa, ul. Zawodzie 5,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SITA Polska Sp. z o.o., 02-981 Warszawa, ul. Zawodzie 5.**

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Oczyszczania Miasta w Warszawie zamierza udzielić w trybie przetargu nieograniczonego zamówienia publicznego na zimowe ręczne oczyszczanie na terenie m.st. Warszawy w sezonie 2009/2010. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 lipca 2009 r. pod numerem 206486-2009. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na części (rejony) dopuszczając możliwość składania ofert częściowych.

Wobec dokonanej w dniu 21 sierpnia 2009 r. czynności otwarcia ofert odwołanie poprzedzone protestem wniosła SITA Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie zasad jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców. Wskazując naruszenie art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 oraz art. 86 ust. 1, 2 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655, dalej również: ustawa albo Pzp) wniósł o nakazanie

dotyczącej rejonu I (w proteście alternatywnie o dokonanie oceny ofert z pominięciem oferty POLSUPER Sp. z o. o.).

W uzasadnieniu wywiódł, że w dniu 21 sierpnia 2009 r. o godzinie 9.15 w siedzibie zamawiającego odbyło się otwarcie ofert złożonych w postępowaniu. Podczas otwarcia ofert uczestniczyli przedstawiciele wykonawców, w tym Prezes Zarządu i pracownik POLSUPER Sp. z o.o. (Prezes nie wpisała się na listę obecnych wykonawców, natomiast pracownik wg stanowiska POLSUPER Sp. z o. o. nie znał treści oferty). Przewodniczący Komisji Przetargowej podał kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, kwoty na poszczególne części zamówienia oraz podał nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące cen na poszczególne rejonu zamówienia. Podczas odczytywania cen z oferty nr 8 firmy POLSUPER Sp. z o.o. do publicznej wiadomości podana została jedynie cena dotycząca rejonu XI zamówienia. O godzinie 9.56 w dniu 21 sierpnia 2009 r. odwołujący się otrzymał od Zamawiającego faks informujący, iż podczas otwarcia ofert nie zostały podane pełne dane dotyczące oferty nr 8 złożonej przez POLSUPER Sp. z o.o. tj. złożenia oferty przez firmę POLSUPER na rejon 1. Z informacji telefonicznych uzyskanych przez Odwołującego wynika, iż Prezes Zarządu POLSUPER Sp. z o.o. po paru minutach wrócił na salę, gdzie odbywało się otwarcie ofert i zgłosił fakt nie odczytania ceny dotyczącej rejonu I zamówienia. Odwołujący się podniósł, że fakt skutecznego złożenia najkorzystniejszej cenowo oferty na rejon I przez firmę POLSUPER Sp. z o.o. jedynie dla zamawiającego i POLSUPER Sp. z o.o. jest niewątpliwy. Odwołujący się, jak i pozostali uczestnicy postępowania nie mają pewności, czy w terminie składania ofert wpłynęła oferta firmy POLSUPER Sp. z o.o. złożona na rejon XI, czy też I i XI. Jako uzasadnienie posiadania interesu prawnego odwołujący się wskazał złamanie zasad udzielania zamówień publicznych, co jest również podstawą do stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp. Wskazał, że przyczyną która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy, jest również rażące naruszenie ustawy przy ewentualnym wyborze najkorzystniejszej oferty, czyli każde poważne uchybienie w trakcie składania, wyboru i oceny ofert oraz że oddalenie odwołania może w przyszłości skutkować powstawaniem sytuacji, w których powstaje przyzwolenie na możliwość manipulowania treścią złożonych ofert.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest w dniu 26 sierpnia 2009 r. (pismem z tego dnia), odwołanie w dniu 9 września 2009 r. (pismo z tej samej daty, *presentata* Urzędu Zamówień Publicznych). Zamawiający otrzymał kopię treści odwołania z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 1 września 2009 r. oddalił protest. Zamawiający przyznał, że doszło do naruszenia art. 86 ust. 4 Pzp polegającego na nieodczytaniu podczas otwarcia ofert ceny oferty złożonej przez POLSUPER sp. z o.o. dla części I zamówienia, co nie jest tożsame z naruszeniem zasad jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców, gdyż nastąpiło niezwłoczne ujawnienie tej omyłki wszystkim wykonawcom, do których przesłano stosowne informacje wraz z kopią oferty POLSUPER Sp. z o. o. (kilkanaście minut po otwarciu ofert). Zamawiający ocenił, że nie jest konieczne t unieważnienie postępowania. dla części I na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt Pzp. Zdaniem zamawiającego nieumyślne nie odczytanie ceny oferty Spółki POLSUPER dla części I zamówienia, wobec nie budzącego wątpliwości faktu, że na tę część zamówienia Spółka złożyła skutecznie ofertę najkorzystniejszą cenowo i niepodlegającą odrzuceniu jest uchybieniem, które nie ma wpływu na wynik postępowania.

POLSUPER Sp. z o. o. przystąpił do postępowania odwoławczego uczestnicząc w wcześniej w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Wniósł o oddalenie odwołania.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony oraz POLSUPER Sp. z o.o. (przystępujący) podtrzymali

dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W części I oferty złożyli wyłącznie odwołujący się z ceną 15.669.421, 89 zł i przystępujący z ceną 12.983.183,99 zł. Wobec ustalenia w Części V ust. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia ceny, jako jedynego kryterium wyboru oferty, dopuszczenie do oceny oferty przystępującego pozbawiło odwołującego się możliwości uzyskania zamówienia. Czynności zamawiającego powodują zatem uszczerbek w interesie prawnym odwołującego się w uzyskaniu zamówienia.

Interes prawny odwołującego się wyraża się również we wnoszeniu środków ochrony prawnej w celu zapewnienia prawidłowości procedury udzielania zamówienia. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 19 grudnia 2007 r. (sygn. akt V Ca 2506/07, niepubl.) wskazał, że „interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej”.

Odwołujący się posiada zatem interes prawny zarówno w rozumieniu wąskim – wnoszeniu środków ochrony prawnej w celu uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu

4

(interes prawny *sensu stricto*), jak w rozumieniu szerokim, uwzględniającym wykładnię art. 179 ust. 1 Pzp opartą o regulacje wspólnotowe oraz orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (interes prawny *sensu largo*).

Okoliczności faktyczne nie są sporne między stronami.

W dniu 21 sierpnia 2009 r. podczas otwarcia ofert zamawiający podał, że przystępujący złożył ofertę na rejon XI i podał wymagane dane, nie została odczytana cena oferty na I rejon, co nie spotkało się z reakcją obecnych przedstawicieli przystępującego (pracownika, który wpisał się na listę wykonawców obecnych podczas otwarcia ofert oraz Prezesa Zarządu, który nie ujawniła swej obecności na liście). Niekwestionowana jest również podnoszona w odwołaniu okoliczność, że po opuszczeniu sali przez wykonawców Prezes Zarządu przystępującego cofnął się i bez obecności osób postronnych (jawna czynność otwarcia została zakończona) powiadomił komisję o pominięciu odczytania ceny na rejon I. Odwołujący się został za pośrednictwem faksu powiadomiony o pominięciu odczytanej ceny. Została mu również dostarczona oferta przystępującego.

Nie jest również sporne, iż powyższe stanowi naruszenie art. 86 ust. 4 Pzp nakazującego podanie podczas jawnego otwarcia ofert informacji o wykonawcach, którzy złożyli oferty, ich adresach oraz o cenach ofert. Warunki płatności i gwarancji nie stanowią kryterium oceny ofert i w badanym postępowaniu zamawiający nie jest zobowiązany do ich podawania. Zamawiający pismem z dnia 2 września 2009 r. powiadomił o wyborze oferty przystępującego w Rejonie I.

Przedmiotem sporu między stronami jest ocena znaczenia naruszenia art. 86 ust. 4 Pzp, tak w kontekście możliwości jej sanowania przez późniejsze uzupełnienie pominiętych informacji jak i skutków dla wyniku postępowania.

Podstawę prawną zarzutów protestu i odwołania stanowią art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 Pzp statujące podstawowe zasady ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 7 ust. 1 Pzp nakazuje zamawiającemu przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji.

5

Podnosi się również, że sformułowana w art. 8 ust. 1 Pzp zasada jawności wyraża się

przede wszystkim w zapewnieniu wykonawcom jednakowego dostępu do dokumentacji postępowania oraz jawności umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby brak jest podstaw wynikających z art. 8 ust. 1 Pzp do ograniczenia zasady jawności wyłącznie do przywoływanych treści. Interpretacja taka stałaby w sprzeczności chociażby z art. 86 ust 2 Pzp nakazującego jawności otwarcia ofert. Jawność w rozumieniu powoływanego przepisu oznacza nie tylko opisanie tej czynności w protokole postępowania ale jej pełną transparentność.

Zasada jawności ograniczona być może wyłącznie w przypadkach wskazanych w ustawie. Ustawa Prawo zamówień publicznych wskazuje jeden wyjątek od zasady jawności art. 8 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeśli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Nie budzi jednak wątpliwości Izby, że na zamawiającym ciąży również obowiązki wynikające z ustawy z dnia 22 stycznia 1999 roku o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2005 r., Nr 196, poz. 1631). W razie zaistnienia w postępowaniu informacji objętych klauzulami wyłączającymi jawność, zamawiający będzie je udostępniał wyłącznie w sposób przewidziany w tym przypadku przepisami.

Obowiązkiem zamawiającego jest zachowywanie zasad prowadzenia postępowania na wszystkich etapach postępowania, przy dokonywaniu wszystkich wymaganych przepisami ustawy czynności.

Podnieść należy, że obie przywoływane zasady są ze sobą nierozzerwalnie związane. Zachowanie zasady jawności pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc przywoływane zasady do okoliczności faktycznych sporu, stwierdzić należy, że ustalają one *sui generis* związanie zamawiającego podanymi do wiadomości publicznej informacjami istotnymi dla danego postępowania.

Otwarcie ofert ma charakter jawny nie tylko w stosunku do wykonawców, ale *erga omnes*. W otwarciu ofert uczestniczyć mogą dowolne osoby i podmioty (przedstawiciele mediów, konkurujących wykonawców nie będących uczestnikami danego postępowania, wszystkie osoby zainteresowane).

Czynność otwarcia ofert ma doniosłe znaczenie dla uczestników postępowania - pozwala wykonawcom na ustalenie kręgu podmiotów, z którymi konkurować będą o udzielenie zamówienia, oraz o potencjalnych szansach na uzyskanie zamówienia.

Z prawidłowym dokonaniem czynności otwarcia ofert ustawodawca wiąże dwa domniemania. Po pierwsze: wynikające z art. 86 ust. 1 Pzp, iż nie nastąpiło zapoznanie się z zawartością

ofert przed terminem ich składania. Po drugie: wynikające z art. 84 ust. 2 Pzp, że wszystkie oferty, których ceny zostały odczytane, złożone zostały w terminie wyznaczonym przez zamawiającego i nie zachodzi konieczność ich zwrotu, skutkująca pominięciem przy dalszych czynnościach w postępowaniu.

Istotnie celem prowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 Pzp. Ten zamysł ustawodawcy realizuje zawarte w art. 35 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 roku o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104). dyrektywy wydatkowania środków publicznych.

Należy mieć jednak na uwadze, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpić musi zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Otwarcie ofert nie stanowi czynności prawnej, a czynność faktyczną. Ma ono charakter jednokrotny i ze swej natury nie może być ponawiane w danym postępowaniu.

W okolicznościach faktycznych sprawy brak podania ceny oferty przystępującego w rejonie I ma istotne konsekwencje prawne. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na części (rejony) i dopuścił możliwość składania ofert częściowych. Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że nastąpiło jawne otwarcie oferty przystępującego na rejon I zgodnie z siwz, co wywołuje wątpliwości, co do faktu jej złożenia przed terminem otwarcia ofert.

Wyniki postępowania przed Izbą nie rozproszyły tych wątpliwości.

Analiza treści formularza ofertowego złożonego przez przystępującego nie pozwala wykluczyć, że pominięcie odczytania ceny na rejon I ma cechy niezamierzonej pomyłki. Wielość danych przewidzianych do wskazania w treści formularza, graficzny sposób prezentacji danych powodują możliwość przeoczenia ceny na pojedynczy rejon. Jednak pozostałe dokumenty tworzące ofertę nie potwierdzają tezy o popełnionej omyłce (zarówno wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, jak i kosztorysy ofertowe zostały złożone odrębnie w stosunku do części I oraz XI).

Ponadto przystępujący nie wyjaśnił przyczyn zaniechania jakiejkolwiek reakcji obu obecnych na sali przedstawicieli na brak podania faktu złożenia przez niego oferty na rejon I i podania jej ceny. Również zamawiający uczestnicząc w rozprawie, która ma charakter kontradyktoryjny a prawdziwość swoich twierdzeń strony mogą potwierdzać za pomocą dowolnych środków dowodowych, poprzestał wyłącznie na oświadczeniu swego pełnomocnika – przewodniczącego komisji przetargowej.

Istotnie, w przypadku jednoznacznego ustalenia, że oferta została przez przystępującego złożona prawidłowo to brak upublicznienia tego faktu oraz podania danych wymaganych

7

przez art. 86 ust. 4 Pzp należałoby uznać za pozbawiony wpływu na przebieg procedury. Tymczasem postępowanie przed Izłą nie przyniosło skutku w postaci takiego ustalenia.

Brak należytej staranności zamawiającego przy dokonywaniu czynności otwarcia ofert (oraz przystępującego, w postaci zaniechania publicznej korekty czynności zamawiającego nie mogą być w okolicznościach sporu usunięte bez naruszenia przywoływanych zasad udzielania zamówień publicznych.

Ocena całokształtu bezspornych okoliczności faktycznych oraz oświadczeń stron i uczestnika wskazuje, że naruszenie art. 86 ust. 4 Pzp prowadzi do konfliktu między interesami zamawiającego (który chce dokonać wyboru oferty oferującej najniższą cenę) oraz przystępującego (który najniższą cenę zaoferował) a koniecznością poszanowania zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ocenia, że w sytuacji, gdy postępowanie dowodowe nie przyniosło jednoznacznych ustaleń, pierwszeństwo należy przyznać zasadom prowadzenia postępowania, których zamawiający zobowiązany jest bezwzględnie przestrzegać, niezależnie od okoliczności danego postępowania, w szczególności niezależnie od tego, czy zarzuty dotyczą oferty, która może zostać uznana za najkorzystniejszą, czy też nie.

W ocenie Izby, w okolicznościach sporu, zaistniał obiektywny brak możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty, naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych ma zatem wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający nie może dokonać wyboru oferty przystępującego. Dopuszczenie, w sytuacji istnienia wątpliwości co do okoliczności faktycznych, możliwości późniejszego wskazywania faktu złożenia oferty oraz uzupełniania danych obligatoryjnie podawanych podczas otwarcia ofert, w którym mogą uczestniczyć nie tylko wykonawcy, ale również wszystkie inne zainteresowane osoby i podmioty, stoi w sprzeczności, tak z zasadą jawności, jak i uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Niezasadne byłoby również kontynuowanie postępowania z udziałem jedynie oferty odwołującego się. Takie rozstrzygnięcie Izby należałoby ocenić jako dopuszczenie możliwości pomijania przez zamawiającego faktu złożenia oferty i podania ceny ofertowej zaproponowanej przez wykonawcę i tym samym wpływanie przez zamawiającego na wynik postępowania z przyczyn innych, niż dotyczące wykonawcy i złożonej przez niego oferty.

Naruszenie przepisów ustawy przynosi skutek w postaci braku możliwości udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy – dokonanie zgodnie z zasadami prowadzenia postępowania wyboru oferty wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą (art. 91 ust. 1 Pzp). Czynność otwarcia ofert nie może być

8

ponowiona w postępowaniu. Ziszcza się przesłanka wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 86 ust. 2 i 4 Pzp znalazły potwierdzenie. Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 86 ust. 1 Pzp.

Naruszenie przepisów ustawy, których dopuścił się zamawiający, ma wpływ na wynik postępowania. Izba na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1 a uwzględniła odwołanie. Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 2 Pzp Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie wszystkich czynności w części dotyczącej rejonu I.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego się, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, ograniczając je do wysokości kwoty 3600 zł zgodnie z § 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. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

9

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 ze 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:

.....

.....

** niepotrzebne skreślić*

10