

POSTANOWENIE
z dnia 01.02.2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomia Matczuk - Mazuś

Członkowie: Ewa Marcjoniak
Jolanta Markowska

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 01.02.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe „DORBUD” Spółka Akcyjna, Kielce, ul. Zagnańska 153** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Pruszków, Pruszków, ul. Kraszewskiego 14/16** protestu z dnia 21.12.2007 r.

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

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe „DORBUD” Spółka Akcyjna, Kielce, ul. Zagnańska 153**
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 uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe „DORBUD” Spółka Akcyjna, Kielce, ul. Zagnańska 153**.
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe „DORBUD” Spółka Akcyjna, Kielce, ul. Zagnańska 153** na rzecz **Gminy Miasto Pruszków, Pruszków, ul. Kraszewskiego 14/16**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez **xxx** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe „DORBUD” Spółka Akcyjna, Kielce, ul. Zagnańska 153**.

2

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są roboty budowlane – przebudowa sali gimnastycznej w Gimnazjum nr 4 przy ul. Hubala 4 w Pruszkowie, Odwołujący - **Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe „DORBUD” Spółka Akcyjna** z siedzibą w Kielcach, wniósł w dniu 04.01.2008 r. odwołanie do Prezesa UZP od rozstrzygnięcia protestu, wniesionego w dniu 21.12.2007 r., poprzez jego odrzucenie – w którym zarzucił Zamawiającemu Gminie Miasto Pruszków z siedzibą w Pruszkowie, naruszenie **art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust.3, art. 89 ust. 1 pkt 5** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655).

Jako zarzuty wskazał:

1) naruszenie przepisów dotyczących rozstrzygnięcia protestu z dnia 21.12.2007 r. w sytuacji, gdy protest był zgodny z prawem i całkowicie zasadny,

2) bezprawne wezwanie „MAKS-BUD” Firma Ogólno – Budowlana Krzysztof Grzywacz w Pruszkowie do uzupełnienia złożonych wraz z ofertą dokumentów, poprawnych z formalnego punktu widzenia, z których wynika, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający:

1) zaniechał czynności wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania,

2) bezprawnie wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających:

- dysponowanie osobą zdolną do wykonania zamówienia posiadającą wymagane uprawnienia budowlane,

- posiadanie zdolności kredytowej lub środków własnych w wysokości 1 000 000 zł (dotyczy opinii bankowej wystawionej przez Bank BPH z dnia 12.10.2007 r.).

Odwołujący się również podniósł niewłaściwe wniesienie wadium przez wybranego wykonawcę na okres od 23.10.2007 r. do 21.11.2007 r. tj. na okres 30 dni, gdyż twierdził, że bieg 30 - dniowego terminu związania ofertą rozpoczął się od dnia następnego po dniu składania ofert, tj. od dnia 24.10.2007 r. i powinien upłynąć w dniu 22.11.2007 r.

Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz w konsekwencji odrzucenia oferty „MAKS-BUD” Firma Ogólno – Budowlana Krzysztof Grzywacz w Pruszkowie,

3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

3

4) nakazanie Zamawiającemu zwrotu na rzecz Odwołującego się kosztów postępowania.

Odwołanie zostało poprzedzone protestem, w którym Odwołujący podnosił te same zarzuty i wskazywał te same podstawy prawne.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 31.12.2007 r. przez odrzucenie uznając, że wniesiony protest jest niezgodny z ustawą. Poinformował Odwołującego, iż pierwotny protest z dnia 28.11.2007 r. został ostatecznie rozstrzygnięty, bowiem nie wniesiono od tego rozstrzygnięcia odwołania do Prezesa UZP (art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp).

Wskazał art. 181 ust. 6 i ust. 7 ustawy Pzp podając, że „wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu” oraz „wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 nie mogą następnie wnieść protestu powołując się na te same okoliczności”.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, dokonała następujących ustaleń i zważyła, co następuje:

W prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1000/07, poz. 171631 z dnia 20.09.2007 r., uczestniczyli m.in. wykonawcy, Odwołujący - Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe „DORBUD” Spółka Akcyjna siedzibą w Kielcach i Wykonawca, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą - „MAKS-BUD” Firma Ogólno – Budowlana Krzysztof Grzywacz w Pruszkowie. O wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający zawiadomił wykonawców pismem z dnia 23.11.2007 r.

Odwołujący Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe „DORBUD” Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach, wniósł protest w dniu 28.11.2007 r., zarzucając Zamawiającemu nieprawidłowe dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez „MAKS-BUD” Firma Ogólno – Budowlana Krzysztof Grzywacz w Pruszkowie, bowiem w ocenie Odwołującego, wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, gdyż nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, albowiem wskazana osoba do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie nie posiada właściwych uprawnień budowlanych, wykonawca nie wykazał posiadania zdolności kredytowej lub środków własnych w wysokości brutto minimum 1 000 000 zł, a także nie wniósł wadium na okres związania ofertą w

wysokości 50 000 zł.

Odwolujący zażądał:

- 1) unieważnienia wyboru oferty wykonawcy „MAKS-BUD” Firma Ogólno – Budowlana Krzysztof Grzywacz w Pruszkowie,

4

- 2) ponownego dokonania czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- 3) wykluczenia wykonawcy „MAKS-BUD” Firma Ogólno – Budowlana Krzysztof Grzywacz w Pruszkowie,
- 4) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosił przystąpienie wykonawca „MAKS-BUD” Firma Ogólno – Budowlana Krzysztof Grzywacz w Pruszkowie wnosząc o:

- uwzględnienie protestu w części dotyczącej ponownego dokonania czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu, z zastosowaniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- oddalenie protestu w pozostałym zakresie.

Zamawiający rozstrzygnął protest (pismo z dnia 07.12.2007 r. BZP 3419/106 – 41a/2007) w następujący sposób:

- 1) uwzględnił protest w zakresie żądania:

- unieważnienia wyboru oferty wykonawcy „MAKS-BUD” Firma Ogólno – Budowlana Krzysztof Grzywacz w Pruszkowie,
- ponownego dokonania czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- 2) odrzucił protest w zakresie żądania wykluczenia z postępowania „MAKS-BUD” Firma Ogólno – Budowlana Krzysztof Grzywacz w Pruszkowie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia podał, że podstawą wykluczenia z postępowania wykonawcy, odnoszącą się do braku dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jest tylko art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków albo złożone dokumenty zawierają błędy, jednakże z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten nakłada obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów, gdy nie potwierdzają one spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dlatego w takiej sytuacji, zdaniem Zamawiającego, nie może on wykluczyć wykonawcy z postępowania.

Zamawiający podał, że powtórzy oprotestowaną czynność i wezwie wykonawców do uzupełnienia dokumentów potwierdzających:

- dysponowanie osobą zdolną do wykonania zamówienia posiadającą wymagane uprawnienia,
- posiadanie zdolności kredytowej lub środków własnych w wysokości brutto min. 1 000 000 zł. po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu,

5

Zamawiający uznał, że zarzut dotyczący braku wniesienia wadium na okres związania ofertą jest bezpodstawny.

Termin składania ofert wyznaczony został na dzień 23.10.2007 r., okres związania ofertą wynosił 30 dni, zatem zgodnie z art. 85 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, rozpoczął bieg z upływem terminu składania ofert. Termin ten upłynął w dniu 21.11.2007 r. i na taki okres „MAKS-BUD” Firma Ogólno – Budowlana Krzysztof Grzywacz w Pruszkowie przedłożyła gwarancję ubezpieczeniową.

Zamawiający pouczył Odwołującego o przysługującym mu prawie wniesienia odwołania do Prezesa UZP od rozstrzygnięcia protestu w terminie 5 dni od doręczenia rozstrzygnięcia, wskazując też sposób złożenia odwołania.

Rozstrzygnięcie protestu doręczono Odwołującemu w dniu 07.12.2007 r. Odwołujący nie wniósł odwołania od rozstrzygnięcia protestu, zatem protest został ostatecznie rozstrzygnięty, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, z upływem terminu do wniesienia odwołania (12.12.2007 r.).

Zamawiający powtórzył oprotestowaną czynność w zakresie, w jakim uwzględnił protest i pismem z dnia 18.12.2007 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez „MAKS-BUD” Firma Ogólno – Budowlana Krzysztof Grzywacz w Pruszkowie.

Na czynność wyboru oferty Odwołujący wniósł protest w dniu 21.12.2007 r. i wobec jego odrzucenia przez Zamawiającego pismem z dnia 31.12.2007 r., wniósł odwołanie do Prezesa UZP w dniu 04.01.2008 r.

Podczas posiedzenia niejawnego Odwołujący wielokrotnie podkreślał, że głównym zarzutem zarówno wniesionego protestu w dniu 21.12.2007 r., jaki i odwołania w dniu 04.01.2008 r., jest czynność Zamawiającego polegająca na bezprawnym wezwaniu, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wybranego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków podmiotowych udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy takie dokumenty, prawidłowe pod względem formalnym, zostały załączone do oferty.

Z wyjaśnień Odwołującego wynika, że w jego ocenie Zamawiający nie ma prawa wzywać wykonawców do uzupełnienia oświadczeń, bądź dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdy do oferty dołączono oświadczenia i dokumenty nie budzące wątpliwości w zakresie wymogów formalnych, lecz które w zakresie treści budzą wątpliwości.

W ocenie KIO, Odwołujący zarówno w proteście z dnia 21.12.2007 r., jak i w odwołaniu wniesionym w dniu 04.01.2008 r., wskazuje naruszenie tych samych przepisów prawnych oraz sformułował identyczne zarzuty dotyczące wykonawcy, który złożył ofertę wybraną jako najkorzystniejszą tj. „MAKS-BUD” Firma Ogólno – Budowlana Krzysztof Grzywacz w Pruszkowie. Jedynie spośród przepisów prawnych, których naruszenie zarzucił Zamawiającemu, w ponownym proteście i odwołaniu, wskazano naruszenie art. 26 ust. 3

6

ustawy Pzp. W proteście z dnia 28.11.2007 r. Odwołujący sformułował zarzuty dotyczące wykonawcy „MAKS-BUD” Firma Ogólno – Budowlana Krzysztof Grzywacz w Pruszkowie, w zakresie:

- braku posiadania właściwych uprawnień budowlanych przez osobę wskazaną do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie,
- braku wykazania zdolności kredytowej lub własnych środków w min. wysokości 1 000 000 zł,
- braku zabezpieczenia oferty – nie wniesienie wadium na cały okres związania ofertą.

Zamawiający uwzględniając protest w zakresie dwóch powyższych zarzutów jednoznacznie wskazał, że wezwie wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i jednoznacznie wskazał w jakim zakresie będzie żądał uzupełnienia dokumentów.

KIO uznała, że Odwołujący nie godząc się wówczas z rozstrzygnięciem w tym zakresie protestu, miał prawo wnieść odwołanie do Prezesa UZP, zgodnie z art. 184 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i przyjęła, że protest w zakresie wskazanych wyżej zarzutów został ostatecznie rozstrzygnięty z upływem terminu na wniesienie przedmiotowego odwołania. Termin ten, jak ustalono, upłynął w dniu 12.12.2007 r.

Odwołujący wnosząc protest w dniu 21.12.2007 r., a następnie odwołanie w dniu 04.01.2008 r., w których podaje jako podstawowy - zarzut dotyczący czynności Zamawiającego polegających na wezwaniu wykonawcy „MAKS-BUD” Firma Ogólno – Budowlana Krzysztof Grzywacz w Pruszkowie do złożenia dokumentów potwierdzających warunki podmiotowe udziału w postępowaniu, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wskazuje czynności, których Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, wniesionego w dniu 28.11.2007r.

Zatem, odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, ograniczając uzasadnione koszty udziału w postępowaniu odwoławczym Zamawiającego do wysokości wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł., zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. Nr 128, poz. 886).

7

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 niniejsze 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*