

WYROK
z dnia 10 stycznia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Izabela Niedziałek

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie * w dniu / w dniach * 10.01.2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe WODOCIĄGI I KANALIZACJE Krzysztof Kuciński, Głowno, ul. Ordona 15** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Łódź – Wydział Budynków i Lokali, Łódź, ul. Piotrkowska 104** protestu / protestów * z dnia 16.11.2007r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz „**BUD-INŚ**” **Sp. z o.o., Zgierz, ul. Łódzka 4/8** - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1 Uwzględnić odwołanie i unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Łódź – Wydział Budynków i Lokali, Łódź, ul. Piotrkowska 104

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe WODOCIĄGI I KANALIZACJE Krzysztof Kuciński, Głowno, ul. Ordona 15**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7064 zł 0 gr (słownie: siedem tysięcy sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Miasto Łódź – Wydział Budynków i Lokali, Łódź, ul. Piotrkowska 104** na rzecz **Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego WODOCIĄGI I KANALIZACJE Krzysztof Kuciński, Głowno, ul. Ordona 15** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego
- 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 35936 zł 0 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego WODOCIĄGI I KANALIZACJE Krzysztof Kuciński, Głowno, ul. Ordona 15.**

Uzasadnienie

Urząd Miasta Łodzi – Wydział Budynków i Lokali prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Realizację uzbrojenia podziemnego na osiedlu Janów – Wchód w Łodzi”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9.10.2007r. Termin składania ofert został określony na dzień 30.10.2007r. W dniu 9.11.2007r. Zamawiający dokonał wyboru firmy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Bud – Inż” Sp. z o.o. zwanej dalej „Bud - Inż” z siedzibą w Zgierzu.

W dniu 16.11.2007r. protest złożyła firma Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe Wodociągi i Kanalizacje Krzysztof Kuciński zwana dalej Protestującym lub Odwołującym.

W proteście zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 80 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieodrzućcenie oferty wykonawcy „Bud – Inż”, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę. Ponadto zarzucono naruszenie art. 90 ust. 1 z powodu zaniechania wszczęcia postępowania wyjaśniającego w stosunku do rażąco niskiej ceny oferty „Bud – Inż”. Kolejnym zarzutem było naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Zamawiający nie odrzucił oferty „Bud - Inż”, pomimo że w ww. ofercie brak było drugiej strony formularza ofertowego wymaganego przez Zamawiającego. Ponadto Protestujący sformułował zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wprowadzenia do ogłoszeń w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na stronie internetowej Zamawiającego zmian wynikających z modyfikacji SIWZ polegających na określeniu innego terminu zakończenia wykonania robót. Ponadto zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie pouczenia o przysługujących środkach ochrony prawnej w SIWZ. Kolejnym naruszeniem podnoszonym przez Protestującego było spóźnienie z zamieszczeniem ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej, a tym samym naruszenie art. 40 ust. 1 ustawy Pzp. Ostatnim zarzutem sformułowanym w proteście była sprzeczność treści punktu 5 ppkt 14 rozdziału II SIWZ z treścią paragrafu 6 ust. 1 projektu umowy.

W dniu 22.11.2007r. zgłoszenie przystąpienia do postępowania protestacyjnego złożyła firma „Bud – Inż.” określając się po stronie zamawiającego i wnosząc o oddalenie protestu w całości.

W dniu 23.11.2007r. Zamawiający rozstrzygnął protest w ten sposób, że oddalił protest w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych argumentując tym, że nie znalazł podstaw do uznania ceny w ofercie wykonawcy „Bud – Inż” za rażąco niską, a tym samym nie dokonał wyjaśnień z punktu widzenia art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto Zamawiający oddalił protest w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ fakt odwrotnego

3

spięcia stron nie stanowił w jego ocenie podstawy do odrzucenia oferty. Naruszenie art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 17 oraz art. 40 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz sprzeczność treści rozdziału II pkt 5 ppkt 14 SIWZ z treścią zapisów projektu zostało uznane za wniesione po terminie, z tego powodu protest w tym zakresie został odrzucony.

W dniu 7.12.2007r. Protestujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu. W odwołaniu wskazał na niesłuszne oddalenie protestu w zakresie naruszenia art. 89 ust. 3 i 4 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 183 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w taki sposób, że ten nie zamieścił na stronie internetowej, na której udostępniona jest SIWZ, rozstrzygnięcia dotyczącego zmiany przez Zamawiającego postanowień SIWZ i w związku z powyższym zażądał ewentualnego unieważnienia postępowania. W uzasadnieniu podkreślił, że Zamawiający pomijając właściwe postępowanie wyjaśniające nie był w stanie sprawdzić sposobu ustalania ceny ocenianej oferty. Kwota 6 500 000 mln zł jaką Zamawiający przeznaczył na finansowanie tego zamówienia w porównaniu z ceną brutto oferty „Bud – Inż” w kwocie 3 186 872,97 zł powinno spowodować konieczność przeprowadzenia tego postępowania. Ponadto porównanie innych ofert z przedmiotowego postępowania powinno wskazywać na dokonanie tej czynności. Na poparcie swojej argumentacji wskazano na wybrane orzeczenia Zespołów Arbitrów.

W dniu 2.01.2008r. zgłoszenie przystąpienia do odwołania po stronie Zamawiającego zgłosiła firma „Bud – Inż” Podniosła ona fakt złożenia odwołania po terminie argumentując to treścią art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie upływ 5 dni na wniesienie odwołania płynie od momentu upływu terminu rozstrzygnięcia protestu. Ponadto wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu cena w jego ofercie nie nosi znamion rażąco niskiej, ponieważ ceny jednostkowe złożone w ofercie „Bud - Inż” w porównaniu z cenami z analizy cen z innych podobnych postępowań na terenie Łodzi, złożonej do przystąpienia są podobne, a nawet niższe. Ponadto wskazał, że Zamawiający oceniając czy zachodzi możliwość przypadku rażąco niskiej ceny nie może się odnosić wyłącznie do ceny materiałów lub robocizny ale powinien wziąć pod uwagę również pozostałe elementy

składowe ceny. Ponadto wskazał bezzasadność przeprowadzania postępowania wyjaśniającego w oparciu o art. 90 ust. 1 Pzp wskazując na porównanie swoich cen z cenami średnimi z Informacyjnego Zestawu Cen Czynników Produkcji Budowlanej za III kwartał 2007r. Na koniec wskazał na to, że wskazanie w ogłoszeniu terminu realizacji zamówienia, a następnie zaniechanie zmiany tego terminu w dniu modyfikacji SIWZ spowodowało naruszenia zasady równego traktowania uczestników postępowania, która skutkowałaby koniecznością unieważnienia postępowania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Na postępowanie należało unieważnić na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, z tego powodu, że w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Podstawowym naruszeniem przepisów jest naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zamieszczenie ogłoszenia z nieprawidłowym wymaganym terminem wykonania zamówienia. Ponadto wskazać należy na modyfikację Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dokonaną z naruszeniem art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert, pomimo że w istocie wydłużono termin wykonania zamówienia o rok, co potencjalnie powinno skutkować niezbędnością dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach.

Skład orzekający na podstawie analizy dokumentacji postępowania – w szczególności ogłoszeń o zamówieniu stwierdził, że z ogłoszenia, które ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w październiku 2007r. wynikało, że czas trwania lub termin wykonania zamówienia przewiduje się na 30.06.2008r. Również z ogłoszenia o zamówieniu zawartego na stronie internetowej Zamawiającego wynikało, że termin wykonania zamówienia określony jest na dzień 30.06.2008r. Duży krąg wykonawców mógł zrezygnować z udziału w postępowaniu po uzyskaniu informacji tej treści i nie próbować uzyskać SIWZ lub inne dokumenty, lub chociaż uzyskać wyjaśnienia od Zamawiającego. Rynek zamówień publicznych charakteryzuje się jawnością polegającą m.in. na konieczności ogłaszania o zamówieniach – nawet tych najmniejszych. Konieczność zamieszczania

ogłoszeń o zamówieniach wynika również z obowiązujących dyrektyw europejskich, gdzie ochrona wszystkich wykonawców z punktu widzenia terytorialności jest w szczególnym poszanowaniu. Izba uznała, że termin wykonania zamówienia jest na tyle istotny z punktu widzenia przedmiotowego postępowania, że nie może nastąpić błąd w ogłoszeniu w tym zakresie, który powodowałby konsekwencje w postaci ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców. Tego rodzaju zagrożenie nastąpiło w przedmiotowym przypadku.

Argumentacja Zamawiającego oparta o twierdzenie, że jest to zwykła pomyłka, która została naprawiona poprzez zmianę SIWZ nie znalazła uznania. Izba wskazuje przede wszystkim na to, że zagrożenia płynące z usankcjonowania tego rodzaju działań mogłyby narazić na szwank wielu potencjalnych wykonawców. Zamawiający w innych postępowaniach mógłby również wpisywać inny termin wykonania zamówienia, który powodowałby zniechęcenie potencjalnych wykonawców, co prowadziłoby do złamania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W istocie z punktu widzenia Zamawiającego nieprawidłowy termin wykonania zamówienia podany w ogłoszeniu mógł nie być naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, ponieważ zgłosiły się do wykonania zamówienia znane podmioty na rynku lokalnym, które złożyły oferty. Podkreślić należy również, że Zamawiający informował wszystkich zainteresowanych wykonawców, o których wiedział, o fakcie zmiany SIWZ. Izba uznała w przedmiotowej sprawie, że błąd w ogłoszeniach o zamówieniu nie był zwykłą omyłką, ale informacją, która powodowała błędne przeświadczenie co do istotnych cech postępowania. Jak wynika z doktryny „Zachowaniu uczciwej konkurencji służy też wiele rozwiązań mających na celu dotarcie z informacją o wszczynanym postępowaniu do kręgu wykonawców mogących je wykonać, takich jak publikacja ogłoszeń o zamówieniu w określonych publikatorach” (M. Stachowiak – Komentarz do art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych). Z kolei z komentarza do ustawy Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją T. Czajkowskiego wynika stwierdzenie, że „z zasady równego traktowania wykonawców wypływa zakaz dyskryminacji podmiotów ubiegających się o zamówienie ze względu na siedzibę wykonawcy

ogłoszenia o zamówieniach na terenie całego kraju nieprawidłowa informacja o terminie wykonania zamówienia determinuje jego zainteresowanie danym postępowaniem.

Ponadto Zamawiający chcąc naprawić swój błąd dokonał modyfikacji SIWZ – w dniu 26.10.2007r. oraz zmienił dane w ogłoszeniu na swojej stronie internetowej. Modyfikując SIWZ nie zwrócił jednak uwagi na to, że tego rodzaju zmiana powinna potencjalnie powodować konieczność zmiany treści ofert. Ponadto należy wskazać, że dniem 26.10.2007r. był piątek, a termin składania ofert 30.10.2007r. - był to wtorek, co spowodowało, że realny czas na wprowadzenie zmian w ofertach dla wykonawców wynosił zaledwie jeden pełny dzień (poza dniem składania ofert). W wyniku modyfikacji SIWZ termin wykonania zamówienia wydłużono o cały rok – co musiałoby powodować zmianę treści oferty u podmiotu nie posiadającego tej informacji przed opracowaniem oferty.

Należy podkreślić wagę ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych z punktu widzenia rynku zamówień publicznych – ten publikator jest źródłem absolutnej większości informacji o zamówieniach dla podmiotów ubiegających się o zamówienia. Podkreślić w tym przypadku wypada, że nie dokonano w ogóle sprostowania ogłoszenia w tym publikatorze, co jest zrozumiałe w stosunku do daty dokonania modyfikacji SIWZ.

Reasumując – tego rodzaju działania Zamawiającego, jak nieprawidłowe oznaczenie terminu wykonania zamówienia w ogłoszeniu, nie mogą znaleźć akceptacji.

Mając powyższe na uwadze na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy Pzp, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem kosztów zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3000 zł.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

* niepotrzebne skreślić