

Sygn. akt: KIO/UZP 64/07

KIO/UZP 74/07

KIO/UZP 76/07

WYROK
z dnia 21 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Izabela Kuciak
Stanisław Sadowy

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie * w dniu/w dniach * 15 stycznia 2008 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **9 stycznia 2008 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A Firma „Kaszub” Dariusz Kaszuba, Kiełpino, ul. Kolejowa 4 (KIO/UZP 64/07)

B. RYMIX-BIS S.A., Warszawa, ul. Górczewska 179a (KIO/UZP 74/07),

C. Marek Piotrowicz F.W. „POLCOURT”, Gostynin, ul. Floriańska 11 (KIO/UZP 76/07)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Burmistrza Miasta Nowy Dwór Mazowiecki, Nowy Dwór Mazowiecki, ul. Zakroczymska 30** protestów z dnia 3.12.2007r, 4.12.2007 r., 7.12.2007 r.

Przy udziale **XXX** zgłaszającego/zgłaszających* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, oraz **XXX** po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Uwzględnić odwołania i unieważnia postępowanie.

2. Kosztami postępowania obciążyć Burmistrza Miasta Nowy Dwór Mazowiecki, Nowy Dwór Mazowiecki, ul. Zakroczymska 30 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A koszty w wysokości 1 354 zł 68 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt osiem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Firmę „Kaszub” Dariusz Kaszuba, Kiełpino, ul. Kolejowa 4**
 - B koszty w wysokości 1 354 zł 67 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez RYMIX-BIS S.A., Warszawa, ul. Górczewska 179a**
 - C koszty w wysokości 1 354 zł 67 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Marek Piotrowicz F.W. „POLCOURT”, Gostynin, ul. Floriańska 11**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A kwoty 1 354 zł 68 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt osiem groszy) przez Burmistrza Miasta Nowy Dwór Mazowiecki, Nowy Dwór Mazowiecki, ul. Zakroczymska 30 na rzecz Firmy „Kaszub” Dariusz Kaszuba, Kiełpino, ul. Kolejowa 4, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu kwoty uiszczonego wpisu zaliczonej na poczet kosztów postępowania odwoławczego;**
 - B kwoty 1 354 zł 67 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) przez Burmistrza Miasta Nowy Dwór Mazowiecki, Nowy Dwór Mazowiecki, ul. Zakroczymska 30 na rzecz**

RYMIX-BIS S.A., Warszawa, ul. Górczewska 179a, stanowiącej
uzasadnione koszty strony z tytułu kwoty uiszczonego wpisu zaliczonej na
poczet kosztów postępowania odwoławczego;

C kwoty 1 354 zł 67 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote
sześćdziesiąt siedem groszy) przez **Burmistrza Miasta Nowy Dwór
Mazowiecki, Nowy Dwór Mazowiecki, ul. Zakroczyńska 30** na rzecz **Marek
Piotrowicz F.W. „POLCOURT”, Gostynin, ul. Floriańska 11**, stanowiącej
uzasadnione koszty strony z tytułu kwoty uiszczonego wpisu zaliczonej na
poczet kosztów postępowania odwoławczego;

2

3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) na rzecz Urzędu
Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym

A kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX

B kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX

C kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX

4) dokonać zwrotu kwoty 55 936 zł 0 gr (słownie: pięćdziesiąt pięć tysięcy
dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów
własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A kwoty 18 645 zł 32 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset czterdzieści pięć
złotych trzydzieści dwa grosze) na rzecz **Firmy „Kaszub” Dariusz Kaszuba,
Kiełpino, ul. Kolejowa 4**

B kwoty 18 645 zł 33 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset czterdzieści pięć
złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **RYMIX-BIS S.A., Warszawa, ul.
Górczewska 179a**

C kwoty 18 645 zł 33 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset czterdzieści pięć
złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **Marek Piotrowicz F.W.
„POLCOURT”, Gostynin, ul. Floriańska 11**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. **Burmistrz Miasta Nowy Dwór Mazowiecki** wszczął w trybie
przetargu nieograniczonego postępowanie na robotę budowlaną „Budowa i rozbudowa
obiektów sportowych w Nowym Dworze Mazowieckim”. Postępowanie zostało ogłoszone
w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. nr 183837-2007 oraz na stronie internetowej
Zamawiającego www.bip.nowydwormaz.pl w dniu 4 października 2007 r.

Stan faktyczny:

4.10 ogłoszenie o zamówieniu,

17.10 wyjaśnienia specyfikacji,

25.10 otwarcie ofert,

12.11 wybór najkorzystniejszych ofert: Rymix-Bis najkorzystniejsza oferta na pierwszą
i drugą część oraz Kaszub – na trzecią część,

19.11 Masters i Romines wnoszą protesty,

20.11 powiadomienie o wniesieniu protestów,

3

22 i 23.11 wpłynęły przyłączenia do protestów,

22.11 pismo o przystąpieniu do protestu firmy Polcourt po różnych stronach na różne części,
co Zamawiający wydedukował z treści pisma,

22.11 przyłączenie Masters do Zamawiającego,

29.11 nastąpiło rozstrzygnięcie wszystkich protestów i przyłączeń,

30.11 przekazanie informacji o rozstrzygnięciu protestów i przyłączeń,

30.11 przekazanie informacji o nowym wyborze ofert i unieważnieniu postępowania w jednej
z części,

30.11 protest złożył Kaszub na niezgodne z prawem dokonanie modyfikacji postanowień
specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odrzucenie firmy Kaszub

30.11 wpłynął protest o godzinie 16:39 – wydruk faksu, a w formie pisemnej wpłynął do
Zamawiającego dnia 3.12,

- 4.12 wpłynął protest Polcourt,
4.12 faksem i mailem wpłynął protest Rymix-Bis, a w formie pisemnej 7.12,
13.12 wpłynęło odwołanie firmy Kaszub (Odwołujący A) od braku rozstrzygnięcia protestu
czyli na jego oddalenie i protest na zaniechanie poinformowania pozostałych
uczestników postępowania o wniesionych w postępowaniu protestach,
19.12 wpłynęło odwołanie firmy Rymix-Bis (Odwołujący B) od braku rozstrzygnięcia protestu
czyli na jego oddalenie
21.12 wpłynęło odwołanie firmy Polcourt (Odwołujący C) od braku rozstrzygnięcia protestu
czyli na jego oddalenie
zarzucając Zamawiającemu, że:
Odwołujący A (Kaszub): Zamawiający dokonał czynności i zaniechał dokonania
czynności:
- wobec Wykonawcy Firmy Kaszub niezgodnie z prawem dokonał modyfikacji
postanowień specyfikacji i warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne,
przez co postępowanie Zamawiającego narusza przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 38 ust. 5,
art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 w zw. z art. 22, art. 89 ust. 2, art. 183 ust. 4 ustawy z dnia
29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz.
1655),
Odwołujący B (Rymix-Bis): Zamawiający naruszył przepisy:

4

-
- art. 7 ust. 1 Pzp przez brak zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
 - art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów;
 - art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp przez niesłuszne odrzucenie oferty Spółki Rymix-Bis S.A. w oparciu o uznanie, że treść oferty nie odpowiadała specyfikacji;
 - art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp przez błędny wybór oferty Spółki Masters Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
Odwołujący C (Polcourt): Zamawiający naruszył przepisy:
 - art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez niesłuszne odrzucenie oferty Polcourt F.W. Marek Piotrowicz,
 - art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez nie wezwanie Wykonawcy Polcourt F.W. Marek Piotrowicz do uzupełnienia dokumentów,
 - art. 87 ust. 1 Pzp przez nie wezwanie Wykonawcy Polcourt F.W. Marek Piotrowicz do wyjaśnienia treści złożonej oferty,
 - art. 7 ust. 3 Pzp przez wybór Wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp,
 - art. 181 ust. 3 i 4 Pzp przez nie przekazanie kopii protestów wniesionych przez innych uczestników postępowania i nie wezwanie Wykonawcy do wzięcia udziału w postępowaniu toczącego się w wyniku wniesienia protestów.
Odwołujący wnieśli o:
Odwołujący A (Kaszub):
 - 1) uznanie oferty Firmy Kaszub jako ważnej zgodnie z postanowieniami specyfikacji;
 - 2) weryfikacji postępowania o zamówienie publiczne pod kątem możliwości zawarcia ważnej umowy (w konsekwencji unieważnienie postępowania a także ogłoszenia nowego postępowania przy określeniu warunków nienaruszających zasad uczciwej konkurencji).Odwołujący B (Rymix-Bis):
 - 1) uwzględnienie odwołania oraz uchylenie rozstrzygnięcia z dnia 29 listopada 2007 roku, wybierającego ofertę Masters Sp. z o.o. i nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności polegaj na ponownej ocenie ofert;
 - 2) ewentualnie o unieważnienie postępowania;

5

-
- 3) zasądzenie kosztów postępowania.
Odwołujący C (Polcourt):
 - 1) przywrócenie oferty Odwołującego do postępowania;
 - 2) powtórzenie czynności oceny ofert;

- 3) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ważnych złożonych ofert;
- 4) a w przypadku udokumentowania wady prawnej unieważnienie postępowania przetargowego we wszystkich częściach na mocy art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 7 ust. 3 Pzp.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Zarzut, że Wykonawcy nie zostali poinformowani przez Zamawiającego o przystąpieniu firm do postępowania toczącego się w wyniku protestu nie jest zgodny z art. 181 ust. 5 Pzp. To właśnie na przystępującym ciąży obowiązek poinformowania Wykonawcy wnoszącego protest o przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Na Zamawiającym także nie ciąży obowiązek zamieszczenia na stronie internetowej informacji o wniesieniu protestu dotyczącego innych zagadnień niż treść ogłoszenia lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co *a contrario* wynika z art. 181 ust. 3 Pzp. Jeżeli protest dotyczy innych kwestii niż treść ogłoszenia lub specyfikacji, to Zamawiający ma obowiązek niezwłocznego poinformowania o wniesieniu protestu pozostałych uczestników postępowania. I tak Zamawiający postąpił w przypadku protestów wniesionych po pierwszym wyborze najkorzystniejszych ofert (12.11.2007 r.). Natomiast po drugim wyborze (29.11.2007 r.) Zamawiający zaniechał powiadamiania Wykonawców o wniesionych protestach, gdyż uznał, że są one wniesione po terminie wnoszenia protestów i wykonawcom służy tylko prawo do wniesienia odwołania. Należy stwierdzić, że w rozpatrywanym postępowaniu Zamawiający dokonał 29.11.2008 r. nowej czynności wyboru ofert i unieważnienia jednej z części zamówienia i dlatego od tej czynności, jako od nowej czynności, Wykonawcom służą wszystkie środki ochrony prawnej dopuszczalne w postępowaniu o danej wartości zamówienia.

W postępowaniu, w którym Zamawiający nie zastrzegł w specyfikacji niedopuszczalności z umotywowanych powodów porozumiewania się za pośrednictwem faksu, a w dodatku sam używa tego środka, nie można ograniczać prawa do korzystania z faksu do wniesienia protestu. Następnie Wykonawca powinien dopełnić obowiązku przekazania takiego protestu w formie pisemnej.

6

W przypadkach wniesienia protestu lub zbliżania się końca terminu związania ofertą Zamawiający ma prawo wystosowania odpowiedniego pisma do Wykonawców informującego o konieczności przedłużenia terminu związania ofertą i jednoczesnego przedłużenia okresu ważności wadium lub wniesienia nowego wadium. Jest to szczegółowo unormowane w art. 85 ust. 2-4 i art. 181 ust. 1-2a Pzp. Jednak także Wykonawca musi zachować należytą aktywność i sam przedłużyć okres ważności wadium lub wnieść nowe wadium w przypadku, gdy Zamawiający zachowuje się biernie. Ponadto Wykonawca może złożyć protest na takie zaniechania Zamawiającego, zgodnie z art. 181 ust. 1 Pzp. W rozpatrywanej sprawie Wykonawcy bez wezwania Zamawiającego przedłużyli lub wnieśli nowe wadia, a więc problem nie ma wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty. Natomiast z przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie wynika, że na Zamawiającym ciąży obowiązek informowania Wykonawców o podmiotach, które przedłużyły lub złożyły nowe wadia. W omawianej sprawie kwestia wadiów nie była przedmiotem protestów ani odwołań.

Z analizy specyfikacji wynika, że Zamawiający stawiał warunek, aby Wykonawcy wykazali się posiadaniem środków finansowych lub zdolnością kredytową inną na każdą z części zamówienia. Na I część – w wysokości 500 000 zł, na II część – w wysokości 500 000 zł i na III część – w wysokości 1 000 000 zł. Jednak Zamawiający może opisać ten warunek precyzyjnie, tak aby nie mógł budzić wątpliwości. Szczególnie Zamawiający powinien przewidzieć jak postąpi w przypadku braku pełnego zabezpieczenia środków lub zdolności kredytowej i jednoczesnego złożenia ofert na wszystkie części zamówienia – czy odrzuci ofertę na którąś z części zamówienia czy też na wszystkie części zamówienia. Ponadto w badanej sprawie Wykonawca do różnych części zamówienia złożył kopie dokumentu z banku. Dokument wykazywał te same cechy: numer i data wystawienia, podpisy oraz kwota – 1 000 000 zł. Na tej podstawie Zamawiający wykluczył Wykonawcę z postępowania. Jednak działania Zamawiającego dotyczące wykluczenia Wykonawcy nie można uznać za przeprowadzone z właściwą starannością, gdyż zostały podjęte bez wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień zgodnie z art. 26 ust. 2-4, art. 87 ust. 1 Pzp

oraz § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605).

W przypadku żądania załączenia do oferty dokumentów potwierdzających, że wykazane dostawy zostały wykonane należyście, Zamawiający na stronie 5 akapit 2 od dołu specyfikacji zastrzegł, że wymaga potwierdzenia należytego wykonania przynajmniej jednej roboty wykonanej z oferowanej nawierzchni sportowej. Warunek ten nie został oprotowany przed upływem terminu składania ofert i dlatego zastrzeżenia do niego nie mogą być wysuwane po

7

terminie wyboru oferty. Należy jednak zwrócić uwagę, że zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Zamawiający może żądać wykazu wykonanych robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia i zbytnie zawężenie rodzaju robót może się spotkać z protestem Wykonawców, co będzie w końcowym efekcie skutkować koniecznością unieważnienia postępowania. W takim przypadku nawet do unieważnienia mogą prowadzić bardziej szczegółowe prośby o wyjaśnienie treści specyfikacji. Wynika to z art. 38 ust. 5 Pzp. Powołany przepis rozporządzenia brzmi:

§ 1. 2. W celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać następujących dokumentów:

1) wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należyście;

Jednak w rozpatrywanej sprawie kluczowe znaczenie ma dokonanie przez Zamawiającego modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu zawartego w części 9 ust. 1 pkt 2 lit. a (str. 4 i 5) specyfikacji. Warunek ten został zmodyfikowany w piśmie z dnia 17.10.2007 r. KIO uznała, że takie działanie narusza przepis art. 38 ust. 5 Pzp, gdzie istnieje zakaz modyfikowania warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełnienia. Takie działanie narusza również zasadę równego traktowania wykonawców – art. 7 ust. 1 Pzp. W postępowaniu, w którym zostanie naruszony art. 38 ust. 5 Pzp, będą inaczej traktowani wykonawcy, którzy po zapoznaniu się z warunkami zrezygnowali z udziału w postępowaniu, gdyż nie mogliby spełnić warunków. Inna będzie sytuacja wykonawców, którzy uczestnicząc w postępowaniu doprowadzą do zmiany warunków i będą mogli wykazać się spełnieniem liberalniejszych warunków.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji, zgodnie z art. 191 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

8

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

9

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 **Warszawie – Praga**.

Przewodniczący:
Członkowie:
.....

** niepotrzebne skreślić*