

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Podhalańską Grupę Budowlaną ROBEX - BUD, Skawa 52B, 34 - 713 Skawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojskowy Zespół Wypoczynkowy w Zakopanem, ul. Nędzy - Kubińca 101, 34 - 511 Kościelisko** protestu z dnia 18 lipca 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Podhalańską Grupę Budowlaną ROBEX - BUD, Skawa 52B, 34 - 713 Skawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Podhalańską Grupę Budowlaną ROBEX - BUD, Skawa 52B, 34 - 713 Skawa,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
-
- 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 **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Podhalańskiej Grupy Budowlanej ROBEX - BUD, Skawa 52B, 34 - 713 Skawa.**

Uzasadnienie

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na "Modernizację pokoi hotelowych wraz z węzłami sanitarnymi w budynku 1", Protestujący - Robert Potoczak, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Podhalańska Grupa Budowlana ROBEX - BUD” w dniu 14.07.2008r. otrzymał od Zamawiającego informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Mariana Sikorę, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo - Budowlany.

Protestujący w dniu 18.07.2008r. złożył protest i zarzucił Zamawiającemu naruszenie **art. 89 ust. 1 pkt 2** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp, wnosząc o:

1. odrzucenie oferty Mariana Sikory, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo – Budowlany,
2. dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Swój interes prawny Protestujący uzasadnił tym, że złożył w tym postępowaniu ofertę, która może zostać uznana za najkorzystniejszą po odrzuceniu oferty Mariana Sikory, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo - Budowlany.

Protestujący wskazał, że Zamawiający w pkt. 9 specyfikacji istotnych warunków

zamówienia (dalej SIWZ) nakazał wypełnienie kosztorysu „zgodnie z przedmiarem robót”, ponieważ zaś przedmiar jest częścią SIWZ to treść oferty musi być z nim w pełni zgodna.

Podniósł, że oferta Mariana Sikory, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo - Budowlany powinna zostać odrzucona, ponieważ:

1. w poz. 4.4 kosztorysu - KNR 401-0621-05 - wskazano: Wykonanie izolacji przeciwwilgociowej metodą smarowania - ilość 369,18m², zaś w przedmiarze określono „Wykonanie izolacji przeciwwilgociowej metodą smarowania przedmiar jak

8

w pozycji nr 2” - ilość 369,18m², przy czym w pozycji nr 2 występuje ilość - 369,27m²; Protestujący wskazał, że Zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytanie, jaki obmiar należy przyjąć, wskazał, że należy przyjąć 369,27,

2. w poz. 4.6 kosztorysu - KNR 202-0803-03 wskazano: Wykonanie tynków na ścianach - ilość 369,18m², zaś w przedmiarze określono „Wykonanie tynków na ścianach przedmiar jak w poz. Nr 2” - ilość 369,18m², przy czym w pozycji nr 2 występuje ilość 369,27m²; Protestujący wskazał, że Zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytanie, jaki obmiar należy przyjąć, wskazał, że należy przyjąć 369,27,

3. w poz. 4.17 kosztorysu - KNR 202-1017-03 wskazano Skrzydła drzwiowe płytowe wewnątrzlokalowe, jednodzielne, fabrycznie wykończone - ilość 37,6m², zaś w przedmiarze robót określono: „Skrzydła drzwiowe drewniane pełne /analogia/; Protestujący wskazał, że Zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytanie, jaki obmiar należy przyjąć, wskazał, że należy przyjąć skrzydła drzwiowe pełne drewniane.

W ocenie Protestującego fakt, że oferta najkorzystniejsza zawiera w podanym zakresie inne pozycje, niż SIWZ, oznacza jej niezgodność z SIWZ.

Protestujący podniósł także, że pominięcie tych błędów przez Zamawiającego nie jest możliwe, gdyż oznaczałoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

W terminie ustawowym, pismem z dnia 25.07.2008r., które doręczono Odwołującemu w tym samym dniu faksem, Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego odrzucenie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający podał, że podstawę odrzucenia protestu stanowi art. 187 ust. 2 ustawy Pzp.

Wskazał, że informację o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający zamieścił na stronie internetowej www.zakopane.pl w dniu 07.07.2008r., zgodnie z zapowiedzią zawartą w pkt. 11 SIWZ (niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej Inwestor zamieści na stronie internetowej www.zakopane.pl oraz na tablicy ogłoszeń w swojej siedzibie - informację o wyborze), co w ocenie Zamawiającego oznacza, że w tym dniu możliwe było powzięcie wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu. Złożenie protestu w dniu 21.07.2008r. nastąpiło z uchybieniem 7 - dniowego terminu na wniesienie protestu

W dniu 29.07.2008r., pismem z dnia 28.07.2008r., Odwołujący wniósł odwołanie od odrzucenia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, poprzez jego nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu protestu,

8

-
2. nakazanie Zamawiającemu rozpatrzenia przedmiotowego protestu,

3. ewentualnie, w razie zaistnienia do tego przesłanek, unieważnienie całego postępowania,

4. zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że odrzucenie protestu było bezpodstawne.

Wskazał, że Zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawiadomić wykonawców, którzy złożyli oferty o okolicznościach szczegółowo wymienionych w art. 92 ust. 1 pkt 1 - 3 ustawy Pzp oraz opublikować te informacje na stronie internetowej oraz zamieścić na tablicy informacyjnej - są to dwie odrębne czynności, z których żadna nie może zostać zastąpiona przez drugą. Wykonawca musi być w konkretnej dacie

poinformowany przez Zamawiającego i nie może zastanawiać się, kiedy to Zamawiający umieścił jakąś informację na stronie internetowej.

Odwołujący stwierdził, że przywołany przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu zapis pkt. 11 SIWZ wcale nie był precyzyjny, a nadto, że nie ma to znaczenia - Zamawiający

nie jest władny swoją jednostronną czynnością znieść obowiązku zawiadamiania wykonawców, określonego w art. 92 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazał, że Zamawiający, niejako wbrew swoim poglądom, przesłał w dniu 14.07.2008r. prawidłowe zawiadomienie.

Odwołujący stwierdził, że w dniu 14.07.2008r. został powiadomiony o wyborze oferty najkorzystniejszej i od tej czynności w dniu 21.07.2008r. wniósł protest, co oznacza, że protest został wniesiony w terminie.

Dodał, że gdyby przyjąć jakąś szczególną moc zapisów SIWZ odnośnie zawiadamiania wykonawców, to należałoby rozważyć unieważnienie postępowania z uwagi na sprzeczność zapisów SIWZ z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, a to art. 92 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowiska Odwołującego, zaprezentowanego w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie należy oddalić.

Uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej aktualizuje się, gdy spełnione są łącznie następujące przesłanki:

1. nastąpiło naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp,
2. powstał lub może powstać uszczerbek w interesie prawnym podmiotu uprawnionego,

8

-
3. istnieje związek przyczynowy pomiędzy uszczerbkiem w interesie prawnym podmiotu uprawnionego (albo możliwością jego powstania), a naruszeniem przez zamawiającego swoim postępowaniem przepisów ustawy.

Materialnoprawną przesłanką skutecznego wniesienia środków ochrony prawnej w postaci protestu i odwołania jest wykazanie odpowiednio przez protestującego i odwołującego, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby za własny przyjmuje pogląd, znajdujący odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych, zgodnie z którym interes prawny wnoszącego środek odwoławczy musi doznać uszczerbku w konkretnym postępowaniu, w którym on uczestniczy i polegać na tym, że traci on możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Innymi słowy uwzględnienie protestu lub odwołania winno otwierać drogę wnoszącemu je wykonawcy do uznania jego oferty za najkorzystniejszą, a tym samym do uzyskania zamówienia.

Odwołujący, składając protest z dnia 18.07.2008r., uzasadnił swój interes prawny tym, że złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która może zostać uznana za najkorzystniejszą, po odrzuceniu oferty Mariana Sikory, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo - Budowlany.

Natomiast w odwołaniu z dnia 28.07.2008r., Odwołujący wskazał, że jego interes prawny polega na tym, iż po merytorycznym rozpatrzeniu protestu jego oferta może zostać uznana za najkorzystniejszą.

Ustalając istnienie po stronie Odwołującego - Roberta Potoczaka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Podhalańska Grupa Budowlana ROBEX - BUD” interesu prawnego do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący posiadał interes prawny do wniesienia protestu, jednak nie posiadał interesu prawnego do wniesienia odwołania.

W treści protestu Odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

W treści odwołania Odwołujący podniósł wyłącznie zarzut dotyczący niezasadnego odrzucenia przez Zamawiającego protestu i w tym też zakresie zgłosił żądania:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu protestu,

2. nakazania Zamawiającemu rozpatrzenia przedmiotowego protestu.

Treścią odwołania Odwołujący nie objął zarzutu wskazanego uprzednio w proteście, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty najkorzystniejszej z powodu sprzeczności treści tej oferty

8

z treścią SIWZ. W odwołaniu Odwołujący nie ponowił, ani nawet nie podtrzymał tego zarzutu, co nie może być poczytane inaczej, niż rezygnacja z tego zarzutu.

Uprawnienia składu orzekającego Izby, o których mowa w art. 191 ust. 2 pkt 1) i 2) ustawy Pzp, polegające na nakazaniu wykonania lub powtórzenia czynności zamawiającego lub nakazaniu unieważnienia czynności zamawiającego dotyczą czynności podejmowanych lub zaniechanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wobec których wykonawcy mogą następnie złożyć protest i odwołanie. W niniejszej sprawie zaniechaniem, wobec którego Odwołujący złożył protest, było zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, która w ocenie Odwołującego, winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Gdyby to zaniechanie Odwołujący objął przedmiotem odwołania, wówczas skład orzekający Izby, mógłby, w przypadku potwierdzenia się zarzutu, nakazać Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert, w wyniku, której Zamawiający musiałby odrzucić ofertę złożoną przez Mariana Sikorę, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo - Budowlany.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje natomiast dla zamawiającego prawa powtórnego rozstrzygnięcia protestu (zamawiający ma obowiązek protest rozstrzygnąć w terminie, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp albo ust. 2, ewentualnie rozstrzygnięcie to następuje z mocy prawa - art. 183 ust. 3 ustawy Pzp), ani też nie przewiduje dla Krajowej Izby Odwoławczej uprawnienia do uchylecia rozstrzygnięcia zamawiającego w przedmiocie odrzucenia protestu i przekazania mu sprawy do ponownego rozpatrzenia (brak uprawnienia do wydania orzeczenia kasacyjnego).

Skład orzekający Izby nie jest zatem w stanie uczynić zadość żądaniom Odwołującego, tj. nie ma prawa unieważnić odrzucenia protestu przez Zamawiającego, ani nie ma prawa nakazać Zamawiającemu merytorycznego rozpatrzenia protestu.

Reasumując, z powodu stwierdzenia braku interesu prawnego Odwołującego, wobec podniesienia zarzutów odnoszących się wyłącznie do kwestii formalnych, związanych z odrzuceniem odwołania, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

8

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

** niepotrzebne skreślić*

8