

POSTANOWIENIE

z dnia 10 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 10 września 2008 r. w Warszawie
odwołania wniesionego przez

Firmę HALLER S.A. ul. Obroki 133, 40-833 Katowice

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Związek Gmin Jeziora Rożnowskiego

Gródek nad Dunajcem nr 54, 33-318 Gródek nad Dunajcem

protestu z dnia 8 sierpnia 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego

po stronie Odwołującego się oraz wspólnie ubiegających się o zamówienie

XXX – po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

**2. kosztami postępowania obciąża Firmę HALLER S.A. ul. Obroki 133,
40-833 Katowice i nakazuje:**

KIO/UZP 892/08 1z7

-
- 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 Firmę HALLER S.A. ul. Obroki
133, 40-833 Katowice,
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy)
przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony
poniesione z tytułu XXX,
 - 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy)
przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek
dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
 - 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 Firmy HALLER S.A.
ul. Obroki 133, 40-833 Katowice.

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *rekultywację
zbiorników Czchów– Rożnow w miejscowości Bartkowa ETAP II*, którego
dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy
z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr
223, poz. 1655), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie
o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych
18 kwietnia 2008 r. pod numerem 79709.

1 sierpnia 2008 r. Odwołujący dowiedział się o odrzuceniu wszystkich
złożonych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień

publicznych oraz unieważnieniu postępowania z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu, tj. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podwodem odrzucenia wszystkich ofert było to, iż w załączniku nr 3, tabela C zostały podane podmioty, które będą wykonywać zamówienie, pomimo iż Zamawiający nie dopuszczał powierzenia podwykonawcom

KIO/UZP 892/08 2z7

wykonania robót (rozdz. II pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na treści ogłoszenie oraz odpowiedź pytanie dotyczące specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 2 maja 2008 r.). Zamawiający stwierdził także, iż dokonując powyższej czynności kierował się wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 10 lipca 2008 r. sygn. KIO/UZP 645/08 i 660/08.

8 sierpnia 2008 r. Odwołujący wniósł protest podnosząc zarzuty w stosunku do:

- 1) czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz unieważnieniu postępowania,
- 2) zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których był zobowiązany na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych polegającego na niedokonaniu czynności bezprawnie zaniechanych po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu – art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej co narusza art. 2 pkt 5, art. 7, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 1, art. 183 ust. 5 pkt 2 i art. 191 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Odwołujący zażądał:

1. unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i unieważnienia odwołania,
2. dokonania czynności bezprawnie zaniechanych, tj. wezwania do uzupełnienia zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
3. podjęcia czynności zgodnie z wyrokiem KIO/UZP 645/08 i 660/08,
4. uwzględnienia protestu w całości.

Odwołujący nie znalazł podstaw do takiego zachowania Zamawiającego – podjętego wbrew częściowemu uwzględnieniu przez siebie protestu z 12 czerwca 2008 r. w zakresie zarzutu dot. art. 26 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie błędnej interpretacji wyroku KIO, którym KIO

KIO/UZP 892/08 3z7

nie znalazła podstaw do unieważnienia postępowania. Zamawiający odrzucając wszystkie oferty doprowadził do stanu postępowania, który pozwolił na jego unieważnienie – natomiast nie takie ustalenia i wskazania podano w wyroku i zawartej w nim wypowiedzi „w toku ponownej oceny ofert w wyniku wykonania wyroku KIO oraz rozstrzygnięcia protestu Protestującego z dnia 12.06.2008 r., Zamawiający powinien wziąć pod uwagę ustalenia KIO w zakresie określenia informacji z tabeli C załącznika nr 3 i zakazu podwykonawstwa w postępowaniu, w taki sposób, aby ocena ta nie doprowadziła do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu.” Zdaniem Odwołującego z wypowiedzi składu orzekającego wynika, iż ponowna ocena jego oferty musi honorować treść rozstrzygnięcia protestu i wydanego wyroku KIO – czyli dotyczy to uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także, iż Zamawiający powinien mieć na względzie zakaz podwykonawstwa określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako pryzmat oceny zapisów w tabeli C zał.

nr 3. Natomiast kierując się dyrektywą składu orzekającego dot. zasady równości Zamawiający uznał arbitralnie, że treść żadnej z sześciu ofert nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z powodu złamania zakazu podwykonawstwa wykonania robót i pod pozorem zachowania zasady równego traktowania wykonawców wszystkie złożone oferty potraktował w sposób nierzetelny, automatyczny i sprzeczny z rozumieniem instytucji podwykonawstwa. Odwołujący tymczasem nie złamał zakazu podwykonawstwa, a więc jego oferta nie jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie podlega odrzuceniu. Odwołujący wskazał jedynie podmiot gospodarczy, który dostarczy wybrane materiały (towary) tj. materiały do robót hydrotechnicznych, siatki do koszy i materace – nie oznacza to jednak powierzenia dostawcy zrealizowania jakiegokolwiek zakresu robót. Odwołujący dość szeroko argumentuje różnicę pomiędzy dostawami a robotami budowlanymi, w stosunku do których pojawia się pojęcie podwykonawcy (tytuł XVI kodeksu cywilnego). Należy rozróżnić pojęcie „dostawcy” i „podwykonawcy” – dostawa ww. materiałów stanowi czynność wykraczającą poza zakres przedmiotu zamówienia, zatem dostawca materiałów nie może być podwykonawcą.

KIO/UZP 892/08 4z7

Odwołujący powołał się też na wyrok KIO o sygn. KIO/UZP 644/08 wydany w innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, w którym skład orzekający łbzy wypowiada się o stosowaniu przez Zamawiającego pojęcia podwykonawcy.

14 sierpnia 2008 r. Zamawiający protest oddalił przedstawiając następujące argumenty.

Nie był on zobowiązany do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, ponieważ pomimo ewentualnego uzupełnienia oferta i tak podlegałaby odrzuceniu. Z orzeczenia KIO również wynika jedynie, że Zamawiający jest zobowiązany do dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert. Z sentencji nie wynika także, by Zamawiający był zobowiązany do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Zgodnie z wyrokiem Zamawiający dokonał ponownego badania i oceny ofert i uznał, że wszystkie oferty podlegają odrzuceniu.

Z uzasadnienia wyroku wynika, iż KIO uznała, iż z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że żadna z części zamówienia, w tym dostawa głównych materiałów nie mogła być powierzona podwykonawcom. Skoro zatem Odwołujący wskazał podwykonawców jego oferta, podobnie jak wszystkie oferty złożone w postępowaniu nie spełniają warunków określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tak więc, nawet gdyby wezwać Odwołującego, zgodnie z uwzględnieniem protestu z 12 czerwca 2008 r., i tak należałoby jego ofertę odrzucić.

Skoro bowiem żaden z wykonawców nie złożył protestu wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy uznać, że każdy z nich godził się z warunkami udziału w postępowaniu, czyli m.in. obowiązkiem samodzielnej realizacji zamówienia i zakazu korzystania z zewnętrznych dostawców materiałów.

Wobec powyższego oddalenia protestu 19 sierpnia 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym powtórzył zarzuty, żądania oraz argumentację zawartą w proteście.

KIO/UZP 892/08 5z7

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu, treści wyroku Krajowej łbzy Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 645/08 i 660/08 skład orzekający łbzy ustalił i zważył co następuje: odwołanie podlega odrzuceniu.

Zgodnie z dyspozycją art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że odwołanie, wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczy czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Jak wynika z art. 182 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku wniesienia odwołania protest jest ostatecznie rozstrzygnięty z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku Izby, albo z dniem wydania wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie przez sąd okręgowy, o którym mowa w art. 195 ust. 1, albo z upływem terminu do wniesienia skargi, o którym mowa w art. 195 ust. 2, jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro, a dla dostaw lub usług – 10.000.000 euro. W przedmiotowej sprawie zachodzi sytuacja wskazana art. 182. ust. 2 pkt 3 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po przeanalizowaniu treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 645/08 i 660/08, który był podstawą powtórzenia czynności ponownego badania i oceny ofert wyraźnie wynika, iż Zamawiający dokładnie odczytał i wykonał zalecenia składu orzekającego Izby wynikające z uzasadnienia wyroku. Natomiast unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych było już tylko ustawową konsekwencją dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert skutkującej koniecznością ich odrzucenia. W związku z powyższym ustawa Prawo zamówień publicznych, zgodnie z treścią art. 26 ust. 3, nie przewiduje możliwości uzupełnienia dokumentów – w sytuacji, gdy oferta podlega odrzuceniu lub konieczne jest unieważnienie postępowania.

KIO/UZP 892/08 6z7

Odrzucenie odwołania, w przypadku stwierdzenia zaistnienia którejs z przesłanek wymienionych w art. 187 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest obowiązkiem składu orzekającego Izby i w związku z tym skład orzekający Izby nie może merytorycznie odnieść się do zarzutów, które były rozpatrzone już przez inny skład orzekający Izby. Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

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

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 niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Nowym Sączu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

KIO/UZP 892/08 7z7