

Sygn. akt KIO/UZP 249/08

WYROK

z dnia 3 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Izabela Kuciak

Luiza Łamejko

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum rolników: Alfred Jedliński, Wiesława Jedlińska, Grażyna Więckowska, ul. Brzeska 51, 46-112 Świerczów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **BOT Elektrownia „Opole” S.A., 46-021 Brzezie k. Opola** protestu z dnia 29 lutego 2008 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum rolników: Alfred Jedliński, Wiesława Jedlińska, Grażyna Więckowska, ul. Brzeska 51, 46-112 Świerczów** 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 uiszczzonego przez **Konsorcjum rolników: Alfred Jedliński, Wiesława Jedlińska, Grażyna Więckowska, ul. Brzeska 51, 46-112 Świerczów**
- 2) 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 **Konsorcjum rolników: Alfred Jedliński, Wiesława Jedlińska, Grażyna Więckowska, ul. Brzeska 51, 46-112 Świerczów**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający sektorowy – BOT Elektrownia „Opole” S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Świadczenie usług w zakresie sprzątania budynków BOT elektrowni Opole S.A. wraz z zagospodarowaniem i utrzymaniem terenów zielonych”*, w trybie przetargu nieograniczonego za numerem 3799/07.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 19 grudnia 2007 r. za numerem: 2007 / S 244 – 297554.

Zamawiający pismem z dnia 6 lutego 2008 roku znak: HP/RM/905/08, poinformował Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu na świadczenie usług w zakresie utrzymania zieleni (zadanie Nr 3) o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone.

Dnia 12 lutego 2008 roku Wykonawca - REMONDIS Tarnowskie Góry Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach wniósł protest na:

- 1) zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy pomimo nie udokumentowania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego i dokonanie wyboru jego oferty;
- 2) zaniechanie wezwania Wykonawcy, którego oferta została wybrana do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu;
- 3) czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić na podstawie art. 88 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 4) zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawców, którzy zastosowali dwie stawki podatku z powodu błędu w obliczeniu ceny w wyniku przyjęcia niewłaściwej podstawy naliczania poszczególnych stawek podatku i unieważnienia postępowania z powodu nie złożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu;
- 5) zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo braku możliwości zawarcia ważnej umowy z powodu naruszenia przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania,

Jednocześnie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) zasad obiektywizmu, uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz udzielania zamówień Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy wyrażonych w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 2) przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
- 3) przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp;
- 4) przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp;
- 5) postanowień pkt IV i XV D 3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Protestujący wniósł o unieważnienie postępowania stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w części dotyczącej 3 zadania.

Dnia 13 lutego 2008 roku Konsorcjum Wykonawców reprezentowanych przez Alfreda Jedlińskiego – Lidera konsorcjum złożyło protest na czynności i zaniechania Zamawiającego, wskazując naruszenia przez Zamawiającego art. 2 pkt 1, art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, art. 82 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 91 ust. 1 i art. 2 pkt 5 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a ponadto art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych [Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zm.].

Protestujący żądał:

- 1) uchylenia czynności oceny, w trakcie której uznano ofertę firmy DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Sp. z o.o. za najkorzystniejszą;
- 2) powtórzenie czynności przetargowych w zakresie oceny ofert DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Sp. z o.o. i PW „Zdrój”;
- 3) odrzuceniu ofert DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Sp. z o.o. i PW „Zdrój”;
- 4) Wybranie oferty, jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum składającego protest.

Pismem z dnia 15 lutego 2008 roku Konsorcjum Wykonawców reprezentowanych przez Alfreda Jedlińskiego – Lidera konsorcjum przystąpiło do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez REMONDIS Tarnowskie Góry Sp. z o.o. wnosząc o:

- 1) uznanie protestu, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony (naruszenie art. 180 ust. 7);
- 2) uznanie, że protest został wniesiony z niedotrzymaniem pisemnej formy wniesienia protestu (niedotrzymanie zastrzeżonej przez Zamawiającego formy wniesienia protestu – warunek określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – pkt XVI ust. 2a, w związku z art. 27 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych);
- 3) odrzucenie protestu w oparciu o art. 180 ust. 7 – w zakresie pkt 1 oraz jako nie spełniający formy określonej dla protestu, zgodnie z wyborem Zamawiającego, określonym w pkt XVII ust. 2a – w zakresie pkt 2 (nie wniesiony w terminie).

Zamawiający pismem z dnia 21 lutego 2008 roku znak: HP/RM/1307/08 poinformował Wykonawców, że unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego znak: 3799/07 w części dotyczącej zadania Nr 3, tj. „Zagospodarowanie i utrzymanie terenów zielonych w Brzeziu k/Opola”. Uzasadniając unieważnienie postępowania, Zamawiający wskazał jako przesłankę art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stwierdził, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co zostało ustalone w związku z wniesionymi protestami, na podstawie analizy treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wniesionych przez Wykonawców ofert.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący, wnosząc dnia 29 lutego 2008 roku protest na czynność unieważnienia postępowania. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania niesłusznie zastosował art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czym naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w dalszej kolejności art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 2 pkt 1, art. 2 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a ponadto art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych [Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zm.].

Odwołujący, w proteście z dnia 29 lutego 2008 roku zażądał:

1. Uchylenia decyzji Zamawiającego dotyczącej unieważnienia postępowania przetargowego, podjętej na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w dniu 22 lutego 2008 roku, a w następnym kroku:
 - 1) uchylenia czynności oceny, w trakcie której uznano ofertę firmy DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Sp. z o.o. za najkorzystniejszą;
 - 2) powtórzenie czynności przetargowych w zakresie oceny ofert DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Sp. z o.o. i PW „Zdrój”;
 - 3) odrzuceniu ofert DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Sp. z o.o. i PW „Zdrój”,
2. Wybranie oferty, jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum składającego protest.

Zamawiający, odnosząc się do złożonego w dniu 29 lutego 2008 roku protestu postanowił protest odrzucić, uznając go za niedopuszczalny. Uzasadniając swoją decyzję wskazał, iż zgodnie z przepisem art. 181 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca wnoszący protest oraz Wykonawcy wezwani zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do toczącego się postępowania w wyniku wniesienia protestu, 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.

Odwołujący niezgodził się z decyzją Zamawiającego i w dniu 15 marca 2008 roku wniósł odwołanie od odrzucenia protestu z dnia 29 lutego 2008 roku.

Po zapoznaniu się z oryginalną dokumentacją przetargową oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie Izba ustaliła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że Zamawiający protestów z dnia 12 i 13 lutego 2008 roku oraz przystąpienia z dnia 15 lutego 2008 roku nie rozstrzygnął, wobec czego, zgodnie z przepisem art. 183 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, cyt.: *„Brak rozstrzygnięcia protestu w terminach, o których mowa w art. 183 ust. 1 i 2 uznaje się za jego oddalenie”*, Odwołującemu – jako protestującemu oraz przystępującemu do postępowania protestacyjnego, w terminie 5 dni od daty upływu tego terminu, tj. do dnia 28 lutego 2008 roku przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Odwołujący odwołania jednak nie złożył.

W związku z powyższym, podniesione w proteście z dnia 29 lutego 2008 roku zarzuty i żądania w zakresie:

- 1) uchylenia czynności oceny, w trakcie której uznano ofertę firmy DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Sp. z o.o. za najkorzystniejszą;
- 2) powtórzenie czynności przetargowych w zakresie oceny ofert DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Sp. z o.o. i PW „Zdrój”;

- 3) odrzuceniu ofert DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Sp. z o.o. i PW „Zdrój”,
- 4) wybranie oferty, jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum składającego protest.

nie mogą się ostać, gdyż zgodnie z przepisem art. 181 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Wykonawca wnoszący protest oraz Wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 nie mogą następnie wnieść protestu, powołując się na te same okoliczności, co w przedmiotowym postępowaniu nastąpiło. Istnieje tutaj bowiem, w proteście z dnia 29 lutego 2008 roku - ewidentne powtórzenie zarzutów i żądań w powołaniu na te same okoliczności, jak w proteście z dnia 13 lutego 2008 roku, który został ostatecznie rozstrzygnięty, gdyż od jego oddalenia nie wniesiono odwołania.

Dlatego też, ta część zarzutów została pozostawiona bez rozpoznania.

Odnośnie żądania Odwołującego dotyczącego uchylecia decyzji zamawiającego dotyczącej unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba stwierdziła, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego w myśl przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Brak interesu prawnego wynika z faktu, iż przy tak istniejącym stanie faktycznym i prawnym, w którym najkorzystniejszą ofertą została wybrana oferta firmy DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Sp. z o.o., której to Odwołujący poprzez swoje zaniechanie nie doprowadził, skutecznie do odrzucenia (poprzestał na proteście, nie wniósł odwołania od oddalenia protestu), nadal pozostaje ofertą najkorzystniejszą. W tak przedstawionym stanie faktycznym brak jest przesłanek do uznania odwołania za skutecznego, a wykazanie interesu prawnego Odwołującego, w przypadku gdy traci on możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą jest niemożliwe. Wobec powyższego Izba nie znajduje przesłanek w uznaniu, iż interes prawny Odwołującego doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, a w związku z tym odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych oraz na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 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. Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej nie uwzględnił wniosków stron o zwrot kosztów, gdyż nie zostały poparte stosownymi rachunkami.

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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....