

Sygn. akt KIO/UZP 1115/09

WYROK
z dnia 19 sierpnia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa (pełnomocnik) oraz ECM Group Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-608 Warszawa** protestu z dnia 20 lipca 2009 r.

przy udziale **SAFEGE S.A., 15-27 rue du Port, Parc de l'Le, 92000 Nanterre, Francja, w imieniu którego działa Safege S.A. Oddział w Polsce, ul. Solec 22, 00-410 Warszawa**, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa (pełnomocnik) oraz ECM Group Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 1 524 zł 67 gr (słownie: tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa (pełnomocnik) oraz ECM Group Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 1 200 zł 00 gr (słownie: tysiąc dwieście złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa (pełnomocnik) oraz ECM Group Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-608 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 13 475 zł 33 gr (słownie: trzynaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści trzy grosze) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa (pełnomocnik) oraz ECM Group Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa.**

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

I. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-608 Warszawa (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) postępowanie na „Zarządzanie kontraktem w zakresie budowy obwodnicy Mszczonowa w ciągu drogi krajowej nr 50 od km 2 +920 do km9 +220, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót, Znak postępowania 46/2009”.

W dniu 17.06.2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej – za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa (pełnomocnik) oraz ECM Group Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa (dalej: ZBM bądź Odwołujący), druga w rankingu cenowym była oferta złożona przez SAFEGE S.A., 15-27 rue du Port, Parc de l'Île, 92000 Nanterre, Francja (adres do korespondencji: Safege S.A. Oddział w Polsce, ul. Solec 22, 00-410 Warszawa; dalej: Safege).

W dniu 25.06.2009 r. Safege złożył protest na wybór oferty najkorzystniejszej, i wniósł o wykluczenie ZBM z postępowania wskazując, iż ZBM podał w dokumentach załączonych do oferty nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania (miały potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu).

Zamawiający zawiadomił ZBM o wniesieniu protestu w dniu 29.06.2009 r. i w dniu 1.07.2009 r. przyłączył się on do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, sprzeciwiając się zarzutom i żądaniom zawartym w proteście Safege.

W dniu 7.07.2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest, uwzględniając zarzut Safege dotyczący podania nieprawdziwych informacji przez ZBM i powtórzył czynność badania i oceny ofert, wskutek czego w dn. 9.07.2009 r. zawiadomił o nowym wyniku postępowania (Zamawiający, konsekwentnie z rozstrzygnięciem protestu, wykluczył ZBM z postępowania, a za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez Safege).

Na czynność wykluczenia ZBM z postępowania ZBM wniosło w dn. 20.07.2009 r. protest, który został przez Zamawiającego oddalony w dn. 24.07.2009 r.

W związku z takim rozstrzygnięciem protestu, Odwołujący w dniu 3.08.2009 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 183 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, polegające na dokonaniu w dniu 9 lipca 2009 r. przedwczesnych czynności: ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia ZBM z postępowania, mimo że protest SAFEGE z dnia 25 czerwca 2009 r. na pierwotną ocenę ofert dokonaną w dniu 17 czerwca 2009 r. (na podstawie której oferta ZBM została uznana za najkorzystniejszą) nie została ostatecznie rozstrzygnięta, a zarzuty konsorcjum ZBM, zawarte w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego z dnia 1 lipca 2009 r. uwzględnione;

2) art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, polegające na niezasadnym wykluczeniu Odwołującego z powodu złożenia nieprawdziwych informacji nie mających wpływu na wynik postępowania;

3) art.7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, polegające na braku wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, mimo że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Safege.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Izba nie rozpatrywała zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2, art.7 ust. 1 i 3w zw. z art. 26 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ na posiedzeniu Odwołujący wniósł o ograniczenie rozpoznania odwołania do zarzutu naruszenia art. 183 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, co Izba uznała za równoznaczne z wycofaniem pozostałych zarzutów.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ wykazywane przez niego naruszenia przez Zamawiającego mają bezpośredni wpływ na jego sferę praw w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zagrażających możliwości uzyskania przez Odwołującego zamówienia.

Izba przeanalizowała podnoszony przez Odwołującego zarzut, i stwierdziła, co następuje.

Przepis art. 183 ust. 5 Prawa zamówień publicznych określa termin, w jakim zamawiający ma obowiązek dokonania czynności w związku z wniesieniem protestu: zamawiający niezwłocznie powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej - jeżeli uwzględnił wszystkie zgłoszone żądania, natomiast ma to miejsce dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu - jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione.

Skład orzekający stoi na stanowisku, że zarówno w art. 183 ust. 5 pkt 1, jak i w pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, pojęcie „żądania” obejmuje na równi żądania zgłoszone w proteście, jak i żądania zgłoszone w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Żądania te często są przeciwstawne (wykonawca A w proteście żąda wykluczenia wykonawcy B, natomiast B w przystąpieniu oponuje przeciwko żądaniu zawartym w proteście i żąda niewykluczania go z postępowania). Zamawiający rozstrzygając protest,

równocześnie rozstrzyga o losach przystąpienia (jeżeli uwzględnił żądanie wykonawcy A zawarte w proteście, to tym samym oddalił żądanie B zawarte w przystąpieniu). Celem ustawodawcy, przyświecającym takiej regulacji, było wprowadzenie zasady koncentracji stosowania środków ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności wobec czynności związanych z wyborem oferty najkorzystniejszej. Chodzi więc o to, aby w przypadkach, kiedy jest to możliwe (możliwość uwzględnienia i jednoczesnego rozstrzygnięcia zarzutów podnoszonych wobec oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem stanowisk zarówno protestującego wykonawcy, jak i wykonawcy, którego oferty zarzuty dotyczą), nie prowadzić kilku odrębnych, rozłożonych w czasie postępowań z użyciem środków ochrony prawnej, co w efekcie prowadziło do przedłużenia całego postępowania o zamówienie publiczne. Zatem, jeżeli przepis art. 183 ust. 5 pkt 1 Prawa zamówień publicznych nakazuje zamawiającemu dokonać czynności niezwłocznie w wypadku uwzględnienia wszystkich żądań – to należy przez to rozumieć uwzględnienie wszystkich żądań zgłoszonych w toku postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, a więc zawartych tak w proteście, jak i w przystąpieniu do protestu. W konsekwencji należy uznać czynność zamawiającego, wykonaną niezwłocznie po uwzględnieniu protestu w całości, ale wbrew żądaniom zawartym w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, za czynność dokonaną przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym wniesiono niniejsze odwołanie, Zamawiający postąpił wbrew omówionym wyżej zasadom, ponieważ w dn. 9.07.2009 r., w związku z uwzględnieniem protestu, powtórzył czynność, mimo iż co prawda uwzględnił żądania protestu z dn. 25.06.2009 r., wniesionego przez Safege na czynność wyboru ZBM w postępowaniu z dn. 17.06.2009 r., ale nie uwzględnił żądań zawartych w przystąpieniu ZBM z dn. 1.07.2009 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu w dn. 25.06.2009 r., które zostało złożone w opozycji do żądań zawartych w proteście.

Od rozstrzygnięcia protestu, w którym Zamawiający uwzględnił zgłoszone żądania wykluczenia wykonawcy ZBM z postępowania, zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, przysługuje prawo do złożenia odwołania. Zamawiający mógł zatem z łatwością przewidzieć, że prawdopodobne jest, że od takiego rozstrzygnięcia odwoła się ZBM (ponieważ Zamawiający uwzględnił protest co do podania przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania). Ustawodawca w art. 183 ust 5 dokonał rozróżnienia pomiędzy wykonaniem czynności „niezwłocznie”, a wykonaniem czynności dopiero „po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu” w tym celu, aby z jednej strony – nie dopuszczać do niepotrzebnego przedłużania postępowania (tj. nakaz dokonania czynności niezwłocznie, kiedy nie ma prawdopodobieństwa, że od rozstrzygnięcia protestu zostanie złożone odwołanie - co ma miejsce wyłącznie w sytuacji, kiedy zostaną uwzględnione

wszystkie żądania zarówno protestu, jak i przystąpienia), a z drugiej strony – powstrzymać zamawiającego przed dokonywaniem czynności, które mogą się okazać nieważne, jeżeli ostateczne rozstrzygnięcie protestu nie będzie tożsame z rozstrzygnięciem protestu przez zamawiającego.

Przy interpretacji art. 183 ust. 5 pkt 1 i 2 Prawa zamówień publicznych należy zwrócić uwagę, że ustawodawca nie posłużył się sformułowaniem „żądania zgłoszone w proteście”, a wyłącznie „zgłoszone żądania”. Uwzględniając powyższe, skoro literalne brzmienie przepisu nie odnosi się wyłącznie do żądań zgłoszonych w proteście wskazany przepis należałoby zinterpretować biorąc pod uwagę wykładnię systemową i celowościową. Z wykładni systemowej przepisów dotyczących wnoszenia protestu i jego rozstrzygnięcia, w tym w szczególności łącznie z regulacjami dotyczącymi przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu (art. 181 ust. 3 – 6 Prawa zamówień publicznych), wynika, że żądania mogą być składane zarówno w proteście, jak i w przystąpieniu. Zgłaszający przystąpienie do postępowania protestacyjnego swoje żądania zgłasza w graniach zarzutów zawartych w proteście. Z powyższego wynika, że żądania w proteście i przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu mogą być odmienne (w sensie: wzajemnie się wykluczające), stąd też przy rozbieżności żądań protestującego i przystępującego zasadne jest powstrzymanie się z wykonywaniem przez zamawiającego czynności wynikających z uwzględnienia wszystkich żądań jednego z wykonawców (protestującego) dla celów uzyskania przymiotu – możnaby nawet powiedzieć – pewnej prawomocności tego rozstrzygnięcia zamawiającego (ostateczne rozstrzygnięcie protestu).

Zatem, uwzględniając cel, którym kierował się ustawodawca przy konstruowaniu omawianego przepisu, stwierdzić należy, że zamawiający powinien wstrzymać się z wykonaniem czynności związanych z uwzględnieniem protestu, w sytuacji gdy nie uwzględnił wszystkich żądań i to tak zgłoszonych w proteście, jak i w przystąpieniu do niego. W przeciwnym bowiem razie pod znakiem zapytania stanęłaby zasadność przepisów odnoszących się do przystąpienia do protestu. Ponadto, jak już wyżej stwierdzono, wykładnia językowa takiej interpretacji nie przeczy.

Reasumując, skład orzekający uznał, że w postępowaniu doszło do naruszenia art. 183 ust. 5 Prawa zamówień publicznych. Jednak naruszenie to – w ocenie Izby - nie miało wpływu na wynik postępowania – ostateczne rozstrzygnięcie protestu (orzeczenie KIO/UZP 1004/09) okazało się zgodne z rozstrzygnięciem protestu przez Zamawiającego. Należy także zauważyć, że naruszenie to nie miałoby wpływu na wynik postępowania także w sytuacji, gdyby ostateczne rozstrzygnięcie protestu (orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej) okazało się inne, niż rozstrzygnięcie protestu przez Zamawiającego – wówczas i tak należałoby dokonać ponownej czynności zgodnie z orzeczeniem Izby.

Niezależnie od powyższego Odwołujący nie został tym działaniem Zamawiającego pozbawiony możliwości dochodzenia swoich praw przy użyciu środków ochrony prawnej w postępowaniu związanych z podstawową dla niego kwestią, tj. oceną zasadności wykluczenia go z udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego, działając na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Prawa zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszt wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 1 200,00 zł (tysiąc dwieście złotych zero groszy), zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Ponieważ zgodnie z zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 7.08.2009 r. sprawy sygn. akt KIO/UZP 1004/09, KIO/UZP 1115/09 i KIO/UZP 1130/09 zostały połączone do łącznego rozpoznania, koszt poniesiony przez Urząd Zamówień Publicznych w łącznej wysokości 4 574 zł 00 gr rozdzielono stosunkowo do każdego z trzech postępowań odwoławczych; analogicznie postąpiono z kosztem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, który wnosząc o zasądzenie kosztów w trzech postępowaniach odwoławczych, złożył jedną fakturę opiewającą na kwotę 3 600 zł 00 gr.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie – Warszawa Praga**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....