

Sygn. akt UZP/ZO/0-502/07

WYROK

Zespołu Arbitrów z dnia 07 maja 2007 r.

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów

Irena Natalia Skubiszak-Kalinowska

arbitrzy:

Piotr Jan Budzinski

Krzysztof Zbigniew Szydłowski

protokolant

Urszula Pietrzak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 07.05.2007 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Oleśnica S.A., Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz, Oleśnica, Cieśle 44 od oddalenia przez zamawiającego Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, Poznań, Ul. Siemiradzkie 5a protestu z dnia 02.04.2007 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego Ncc Roads Polska Sp. Z O.O., Wrocław, Ul. Św. Mikołaja 7 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Oleśnica S.A., Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz, Oleśnica, Cieśle 44

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4161 zł 25 gr (słownie: cztery tysiące sto sześćdziesiąt jeden złotych, dwadzieścia pięć groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Oleśnica S.A., Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz, Oleśnica, Cieśle 44
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty uczestnika postępowania odwoławczego 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 15838 zł 75 gr (słownie: piętnaście tysięcy osiemset trzydzieści osiem złotych, siedemdziesiąt pięć groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Oleśnica S.A., Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz, Oleśnica, Cieśle 44 .

3. Uzasadnienie

Zespół Arbitrów, po zapoznaniu się na posiedzeniu z udziałem stron i na rozprawie z dokumentacją prowadzonego postępowania oraz stanowiskami stron zajętych w sprawie, ustalił następujący stan faktyczny.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: rehabilitację drogi krajowej nr 11 na odcinku Ostrzeszów – Kępno od km 436+600 do km 446+600, dł. 10 km – etap II, Odwołujący – Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo

Drogowo – Mostowe Oleśnica S.A., 56-400 Oleśnica, Cieśle 44 oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. KALISZ, 62-800 Kalisz, ul. Noskowska 3-5, na podstawie art. 184 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2006, nr 164, poz. 1163 z późn. zm.), (dalej: pzp), wniósł pisemny protest na czynność Zamawiającego – zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy NCC Roads Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i odrzucenia jego oferty w oparciu o dodatkową przesłankę z art. 24 ust. 1 pkt 10 pzp, art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 pzp.

Protest wpłynął do Zamawiającego w dniu 02.04.2007 r.

Protest został przez Zamawiającego w dniu 12.04.2007 r. oddalony w całości.

Odwołujący wniósł w dniu 17.04.2007 r. Odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołanie wpłynęło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 23.04.2007r.

Odwołanie zawiera zarzuty polegające na naruszeniu przez Zamawiającego:

- 1. art. 24 ust. 1 pkt 10 pzp, art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp oraz 89 ust. 1 pkt 2 i 5 pzp, poprzez nieuzasadnione zaniechanie wykluczenia NCC Roads Polska Sp. z o.o., a w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy w oparciu o dodatkową przesłankę, mimo iż nie dysponuje on potencjałem technicznym spełniającym wymagania Zamawiającego,*
- 2. art. 92 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie zawarcia wszystkich wymaganych informacji w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, w tym o wykonawcy wykluczonym i odrzuceniu jego oferty,*
- 3. art. 7 pzp, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.*

Wobec powyższego Zespół Arbitrów, stwierdzając, iż nie zachodzą przesłanki z art. 187 ust. 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, zważył co następuje:

Odwołanie należy oddalić.

W świetle ustalonego stanu faktycznego, w dniu 26.03.2007 r. Odwołujący został poinformowany przez Zamawiającego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu pozostałych ofert. W dniu 02.04.2007 r. Odwołujący złożył w siedzibie Zamawiającego pisemny protest dotyczący zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy NCC Roads Polska Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty. Odwołujący zatem żąda wykluczenia wykonawcy, którego oferta została już wcześniej odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pzp, jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów, a ponadto uzupełnienia zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty o informację w zakresie wykluczenia NCC Roads Polska Sp. z o.o. oraz odrzucenia jego oferty także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp. Na potwierdzenie zasadności swego stanowiska Konsorcjum wnoszące odwołanie powołało się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17.07.2006 r. (sygn. akt: V Ca 382/06) oraz wyrok z dnia 20.09.2006 r., wskazując, iż nieskorzystanie z uprawnienia złożenia protestu na obecnym etapie postępowania spowoduje niemożliwość podnoszenia zarzutów dotyczących ofert konkurencyjnych. Dodatkowo Odwołujący podkreślił, iż w świetle powyższych wyroków Zamawiający nie dokonuje oceny ofert do „pierwszego błędu”, a zobowiązany jest do całościowego i wszechstronnego zbadania wszystkich ofert wykonawców.

Odnosząc się zaś do merytorycznych zarzutów dotyczących oferty NCC Roads Polska Sp. z o.o., Odwołujący podniósł, iż Wykonawca ten w swoim oświadczeniu o dysponowanym sprzęcie wymienił zlokalizowaną w Pleszewie wytwórnię mas bitumicznych AMMANN GLOBAL, jednocześnie jednak nie potwierdzając wymaganych przez Zamawiającego parametrów wytwórni związanych z jej lokalizacją (odległością) w stosunku do miejsc układania mieszanki asfaltowej na remontowanym odcinku drogi. Zgodnie natomiast z dokonany

Odwołującego pomiarem najkrótszej odległości od wytwórni mas bitumicznych, wskazanej przez NCC Roads Polska Sp. z o.o. w swojej ofercie, do najdalszego punktu remontowanego odcinka drogi, odległość ta wyniosła 82 km, podczas gdy Zamawiający w SIWZ wskazał, iż odległość transportu masy nie może przekraczać 75 km (mierzona od wytwórni mas bitumicznych do każdego z punktów remontowanego odcinka drogi). Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Odwołującego, NCC Roads Polska Sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu z postępowania, a oferta tego Wykonawcy winna zostać odrzucona. W proteście Odwołujący stwierdził ponadto, iż w związku z obowiązkiem wykluczenia NCC Roads Polska Sp. z o.o. z postępowania, na podstawie art. 92 ust. 1 pzp, Zamawiający zobowiązany jest również do powiadomienia wykonawców, którzy złożyli oferty o wykluczeniu tego Wykonawcy z postępowania podając uzasadnienie faktyczne i prawne, jak również do przekazania informacji o odrzuceniu oferty w związku z wykluczeniem NCC Roads Polska Sp. z o.o.

Zamawiający zaś w rozstrzygnięciu protestu stwierdził, że odległość transportu masy będzie mierzona po trasie przejazdu samochodów od wytwórni mas bitumicznych do każdego z punktów remontowanego odcinka drogi, przy założeniu, że samochody będą się poruszać zgodnie z postanowieniami Kodeksu Drogowego po drogach, gdzie dopuszczalny jest ruch samochodów ciężarowych o nacisku max. 10 t/oś. Opierając się zaś na posiadanej przez Zamawiającego wiedzy wytwórnia mas AMMANN GLOBAL, którą dysponuje NCC Roads Polska Sp. z o.o., a zlokalizowana w Pleszewie, spełnia wymogi Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad.

Odnosząc się do powyższego, Zespół Arbitrów stwierdził co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W doktrynie zamówień publicznych oraz orzecznictwie

prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym zaistnienie uszczerbku w interesie prawnym protestującego, czy też sama możliwość zaistnienia takiego uszczerbku łączy się z utratą możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia (na etapie poprzedzającym złożenie oferty) bądź jego uzyskania (po otwarciu ofert). Nie budzi wątpliwości fakt, iż istnienie interesu prawnego winno być udowodnione, a nie tylko uprawdopodobnione.

W przedmiotowym stanie faktycznym oferta Odwołującego została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, podczas gdy wszystkie pozostałe oferty złożone w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały odrzucone. W związku z powyższym, w ocenie Zespołu Arbitrów, odwołujące się Konsorcjum nie ma interesu prawnego w oprostowywaniu czynności Zamawiającego i żądaniu wykluczenia NCC Roads Polska Sp. z o.o. Zespołowi Arbitrów znane jest w szczególności orzeczenie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 14.06.2005 r. (sygn. akt: II Ca 176/05), w którym skład orzekający opowiedział się za bardzo szerokim rozumieniem pojęcia interesu prawnego, stwierdzając, że „błędne jest utożsamianie przez Zespół Arbitrów interesu prawnego wyłącznie z interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia”. Wyrok ten jednak zapadł w oparciu o zgola odmienny stan faktyczny. W rozpatrywanej sprawie natomiast interes prawny Odwołującego nie został zagrożony, ani tym bardziej naruszony, gdyż nawet w przypadku skutecznego odwołania się NCC Roads Polska Sp. z o.o. i przywróceniu tego Wykonawcy do postępowania, Zamawiający obowiązany będzie dokonać ponownej oceny, a wcześniej badania ofert. Jeżeli zaś w jej wyniku uznałby za najkorzystniejszą właśnie ofertę NCC Roads Polska Sp. z o.o., Konsorcjum, które złożyło odwołanie w niniejszej sprawie, uprawnione będzie do wniesienia protestu na czynność Zamawiającego polegającą na bezzasadnym wyborze oferty tego Wykonawcy, przedstawiając dopiero na tym etapie postępowania nieprawidłowości dostrzeżone w konkurencyjnej ofercie. W opinii Zespołu Arbitrów, korzystanie przez Wykonawcę ze środków ochrony prawnej dotyczących ofert konkurencyjnych w sytuacji, gdy oferta tego Wykonawcy uznana zostaje za

najkorzystniejszą winno zostać uznane za przedwczesne i jako takie niedopuszczalne. Reasumując powyższe, wobec braku interesu prawnego Konsorcjum, który stanowi materialno-prawną przesłankę skuteczności środka ochrony prawnej, odwołanie zostało oddalone.

Z uwagi na oddalenie odwołania ze względu na brak interesu prawnego do wnoszenia tego środka odwoławczego w przedmiotowym stanie faktycznym, Zespół Arbitrów nie rozstrzygał merytorycznych zarzutów sformułowanych przez Konsorcjum.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z treścią art. 191 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, 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

Przewodniczący Zespołu Arbitrów:

.....

arbitrzy:

.....

.....

* Niepotrzebne skreślić.