

Sygn. akt KIO/UZP 1599/09

POSTANOWIENIE
z dnia 27 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 26 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **STRABAG Sp. z o.o., ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg, ul. Zielna 13/21, 87-800 Włocławek** protestu z dnia 9 października 2009 r.,

przy udziale **wykonawców wspólne ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. APRIVIA S.A., ul. Skórzewska 35, Wysogotowo, 62-081 Przeźmierowo, 2. HYDROBUDOWA POLSKA S.A. z siedzibą w Wysogotowie, 3. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Drogowych S.A. z siedzibą w Nowym Tomysłu** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża STRABAG Sp. z o.o., ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **STRABAG Sp. z o.o., ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **STRABAG Sp. z o.o., ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa** na rzecz **Miejskiego Zarządu Dróg, ul. Zielna 13/21, 87-800 Włocławek** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~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 **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **STRABAG Sp. z o.o., ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa.**

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

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „przebudowa drogi krajowej nr 1 (Program operacyjny infrastruktura i środowisko).” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 10 lipca 2009 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2009/S 130-189464.

W dniu 9 października 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia jego oferty oraz zaniechania wykluczenia z postępowania Przystępującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp: art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 i wnosząc o unieważnienie wymienionych wyżej czynności oraz powtórzenie procedury badania oferty dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego się.

Odwołujący się nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż dane podane przez niego w załączniku nr 6 do oferty miały być kompatybilne z wielkością stawek i narzutów zastosowanych przez Odwołującego się przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego.

Odwołujący się wskazuje ponadto, że wybrany Wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą. Odwołujący się podnosi, że wadium złożone przez wybranego Wykonawcę nie spełnia warunków siwz i nie zabezpiecza oferty złożonej przez Przystępującego.

W dniu 14 października 2009 r. Zamawiający protest oddalił. Zamawiający podniósł, iż wykonał czynności faktyczne wskazane w uznanym proteście z dnia 14 września 2009 r., wniesionym przez Przystępującego. Do tego postępowania Odwołujący się nie przystąpił, zatem w ocenie Zamawiającego, Odwołujący się nie posiada interesu prawnego we wniesieniu niniejszego protestu. Z uwagi bowiem na treść art. 181 ust. 6 ustawy Pzp, Zamawiający podziela pogląd prezentowany w piśmiennictwie i orzecznictwie, że w obecnym stanie faktycznym, Odwołujący się nie przystępując do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, traci możliwość wpływania na rozstrzygnięcie i ewentualne dalsze czynności w tym zakresie. Natomiast zamawiający uzyskuje pewność, że prawidłowo wykonane czynności nie będą mogły być skutecznie zaskarżone.

W dni 23 października 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście, ponadto podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 181 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący się utracił interes prawny w złożeniu protestu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W dniu 14 września 2009 r. Przystępujący wniósł protest wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego się i zaniechania wykluczenia Odwołującego się z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, a także zaniechania wezwania Odwołującego się do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, formułując zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu protestu Przystępujący wskazał m.in., że oferta Odwołującego się jest niezgodna z siwz. Przystępujący podniósł, iż załącznik nr 6 do oferty, winien, zgodnie z wymogami siwz, zawierać wykaz zastosowanych przy sporządzeniu kosztorysu ofertowego stawek i narzutów. Zdaniem Przystępującego, przedmiotowe stawki powinny odpowiadać tym, które zastosowano w kosztorysie ofertowym. Tymczasem, oferta Odwołującego się wymagań tych nie spełnia.

Pismem z dnia 18 września 2009 r. Zamawiający poinformował o uwzględnieniu protestu, wskazując, że „unieważnia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokona powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej po uprzednim wezwaniu oferenta do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 upzp oraz złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 upzp.” Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że m.in. zdecydował o wezwaniu oferenta do złożenia wyjaśnień odnośnie jednego z dokumentów ofertowych (załącznik nr 6 do siwz).

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 18 września 2009 r. Odwołujący się poinformował, że „wysokość zastosowanego przez Strabag narzutu – tj. 80% (kosztu zakupu) wynika z analiz indywidualnych i stanowi naszą wyjściową wartość narzutu stosowaną przy kalkulacji

robót metodą szczegółową. Natomiast, kosztorys ofertowy załączony do oferty został sporządzony zgodnie z wytycznymi SIWZ, metodą kalkulacji uproszczonej i podstawą jego sporządzenia była kalkulacja własna. Z uwagi na to, iż Zamawiający nie doprecyzował do jakich robót mają mieć zastosowanie dane z załącznika „Wykaz stawek i narzutów” przedstawiliśmy nasze stawki wyjściowe do szczegółowej kalkulacji ofertowej.”

W tych okolicznościach Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający podał, iż „ w załączniku nr 6 „Wykaz stawek i narzutów”, do SIWZ zażądał od oferentów wskazania wartości w/w elementów przyjętych do sporządzania przez nich kosztorysów ofertowych. Zarówno wskazany wyżej załącznik, jak i kosztorys ofertowy stanowiły istotną treść oferty z uwagi na zastosowany w przetargu system wynagrodzenia kosztorysowego. Brak odniesienia treści „załącznika nr 6 do SIWZ” do treści kosztorysu ofertowego (zastosowanych w nich kalkulacji cen i wartości stawek i narzutów) złożonego przez Strabag Sp. z o.o. była jednym z punktów protestu wniesionego na wybór tejże oferty jako oferty najkorzystniejszej. Oferent nie przystąpił do postępowania protestacyjnego po żadnej ze stron. Zamawiający uwzględniając protest w całości wezwał oferenta m.in. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści załącznika nr 6 ze szczególnym uwzględnieniem jednej z wartości narzutu, rażąco wysokiej w stosunku do stawek stosowanych w obrocie gospodarczym. W odpowiedzi oferent wskazał, iż dane umieszczone przez niego w załączniku nr 6 są stawkami wyjściowymi do szczegółowej kalkulacji ofertowej, zaś dalsza treść tych wyjaśnień potwierdza, że wskazane w załączniku nr 6 dane nie są kompatybilne z wielkościami stawek i narzutów zastosowanych przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym uznać należy, iż oferta złożona przez oferenta Strabag Sp. z o.o. nie odpowiada treści (wymaganiom) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.”

W takim stanie sprawy do rozważenia pozostaje kwestia, czy na obecnym etapie postępowania Odwołującemu przysługiwało uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej w zakresie czynności odrzucenia oferty z tego powodu, że wielkości stawek i narzutów wskazane w załączniku nr 6 nie odpowiadają tym, które wynikają z kosztorysu ofertowego sporządzonego przez Odwołującego się. Otóż, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że kwestia kompatybilności przedmiotowych stawek ze stawkami zastosowanymi w kosztorysie ofertowym była rozstrzygana przez Zamawiającego na etapie postępowania wywołanego wniesieniem protestu przez Przystępującego w dniu 14 września 2009 r. W tym zakresie Odwołujący się pozostał bierny, choć zdawał sobie sprawę, iż uwzględnienie protestu doprowadzi do odrzucenia jego oferty. Odwołujący się wyjaśnił, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, że brak w jego ofercie korelacji w zakresie stawek i narzutów przyjętych w załączniku nr 6 i kosztorysie ofertowym. Zamawiający uwzględniając protest w

całości, biorąc pod uwagę stawiane tam zarzuty, stanął na stanowisku, iż zgodnie z postanowieniami siwz, załącznik nr 6 powinien być powiązany z kosztorysem ofertowym. Oznacza to, że Zamawiający uznał, iż wartości stawek i narzutów wskazane w tym załączniku należało uwzględnić w kosztorysie ofertowym. Zaś, wszelkie odstępstwa od powyższego będą kwalifikowane jako niezgodność treści oferty z treścią siwz. Wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego się potwierdzały, iż wymagania Zamawiającego we wskazanym przedmiocie nie zostały spełnione, stąd konsekwencją powyższego była decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego się.

W tej sytuacji uznać należy, że odwołanie zostało wniesione przez Wykonawcę przez wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy Pzp (dotyczy protestu z dnia 14 września 2009 r.), dotyczy czynności, które Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Jak zostało wyżej wskazane, prawidłowość czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z punktu widzenia zgodności siwz, pod kątem załącznika nr 6 była przedmiotem badania Zamawiającego w poprzednim postępowaniu protestacyjnym. Wbrew twierdzeniom Odwołującego się, to nie czynność wezwania do uzupełnienia była przedmiotem zarzutów w tym zakresie. Stąd, bez wątplenia Odwołujący się na tamtym etapie postępowania miał interes prawny w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, skoro przedmiotem zarzutów była jego oferta. Brak reakcji w tym zakresie powoduje, że Odwołujący się traci możliwość kwestionowania czynności odrzucenia jego oferty, która to czynność stanowi wyraz stanowiska przyjętego przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż ostateczne rozstrzygnięcie w poprzednim postępowaniu protestacyjnym o okolicznościach stanowiących podstawę niniejszego odwołania, prowadzi do pozbawienia Odwołującego się możliwości skutecznego ich podnoszenia na obecnym etapie postępowania, a co za tym idzie, stanowi o braku możliwości ich rozpoznawania przez Izbę. Przyjęcie przeciwnego stanowiska, doprowadziłoby do sytuacji, w której tożsame okoliczności faktyczne podlegają powtórnej ocenie, a to z kolei przeczyłoby normie wyrażonej w przepisie art. 181 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, zgodnie z którą, wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 nie mogą następnie wnosić protestu, powołując się na te same okoliczności, a wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 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. W tym stanie rzeczy, Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana jest odrzucić odwołanie, na podstawie przepisu art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp.

W przedmiocie zarzutów dotyczących oferty Przystępującego stwierdzić należy, iż zostały one podniesione po terminie. Odwołujący się miał możliwość zapoznania się z ofertą

Przystępującego z chwilą otwarcia ofert (art. 96 ust. 3 ustawy Pzp) i powziąć informacje, mogące stanowić podstawę zarzutów. W okolicznościach niniejszej sprawy, nie może budzić wątpliwości, że interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, przysługiwał Odwołującemu się od momentu zakwestionowania pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej. Nieskuteczność podniesienia wskazanych zarzutów powoduje, iż Izba nie jest zobowiązana do ich merytorycznego badania, co uzasadnia odrzucenie odwołania na etapie posiedzenia.

W niniejszej sprawie podkreślenia wymaga fakt, iż działania Odwołującego się stanowią pogwałcenie zasady koncentracji środków ochrony prawnej i jako takie nie zasługują na ochronę. Protest jest rodzajem sprzeciwu o funkcjach sygnalizacyjno-reklamacyjnych i prowadzić ma na bieżąco do korygowania ewentualnych uchybień popełnionych w toku postępowania przez Zamawiającego. Należy zgodzić się z tezą zawartą w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 r. (sygn. akt V Ca 2056/07), że „Wykonawca ma bowiem ponadto obowiązek działania z należytą starannością jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, przewidziana w art. 1823 Pzp, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym.” Nowelizacja ustawy Pzp z dnia 7 kwietnia 2006 r. (Dz. U. z 2006 r., Nr 79, poz. 551) wprowadziła koncentrację środków ochrony prawnej, polegającą na jednoczesnym rozpatrywaniu protestów, o których mowa w art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, z drugiej zaś strony konieczność zgłaszania, w ściśle określonym terminie (również z uwzględnieniem instytucji przystąpienia do protestu), przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, zarzutów dotyczących działań lub zaniechań zamawiającego, nie znajdujących oparcia w przepisach prawa, pod rygorem utraty prawa do ich podnoszenia na dalszym etapie postępowania.

Uwzględniając powyższe, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 w zw. z art. 187 ust. 4 pkt 4 i 6 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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 (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania, uznając je za uzasadnione, koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia jego pełnomocnika, w kwocie 3 600, 00 zł.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....