

Sygn. akt: KIO/UZP 96/09

POSTANOWIENIE
z dnia 29 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Andrzej Niwicki
Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ ~~rozprawie~~^{*} w dniu ~~1w—dniach~~^{*} 29 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**WIKAR**” **Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe Sp. z o.o., Łososina Dolna 108, 33-314 Łososina Dolna** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Łososina Dolna, Łososina Dolna 300, 33-314 Łososina Dolna** protestu ~~protestów~~^{*} z dnia 29 grudnia 2008 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego „BUDMEX” Sp. z o.o., ul. Magazynowa 2, 33-300 Nowy Sącz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego^{*},

przy udziale **Jana Waza** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz, Koniuszowa 136, 33-326 Mogilno** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego^{*},

orzeka:

1.odrzuca odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża **„WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe Sp. z o.o., Łososina Dolna 108, 33-314 Łososina Dolna** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **„WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe Sp. z o.o., Łososina Dolna 108, 33-314 Łososina Dolna**,
- 2) dokonać zwrotu kwoty **17 713 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzysta złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **„WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe Sp. z o.o., Łososina Dolna 108, 33-314 Łososina Dolna**.

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

Odwołanie złożone przez „WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe Sp. z o.o. z siedzibą w Łososinie Dolnej, zwane dalej „Odwołującym” dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę budynku wielofunkcyjnego w Łososinie Dolnej – stan surowy otwarty”, które zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego w drodze publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 sierpnia 2008 r. (BZP nr 1/08, poz. 187561).

W niniejszym postępowaniu odwoławczym zaskarżone zostały czynności Zamawiającego polegająca na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego „BUDMEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu, zwanego dalej „BUDMEX”
3. zaniechaniu odrzucenia oferty Zakładu Ogólnobudowlanego Jan Waz z siedzibą w Koniuszowej, zwanego dalej „Zakład Jan Waz”,
4. wyborze jako najkorzystniejszej oferty BUDMEX.

Oprotestowanych czynności Zamawiający dokonał na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1149/08 i KIO/UZP 1150/08). Powyższe orzeczenie stanowiło ostateczne rozstrzygnięcie protestów – w rozumieniu art. 182 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwaną dalej „ustawą Pzp” - złożonych przez:

1. BUDMEX na czynność odrzucenia jego oferty, zaniechania wykluczenia z postępowania przetargowego, a tym samym zaniechania odrzucenia oferty obecnego Odwołującego (WIKAR) jako niezgodnej z SIWZ w części dotyczącej terminu rozpoczęcia oraz zakończenia robót będących przedmiotem przetargu oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
2. Zakład Jan Waz na czynność odrzucenia jego oferty oraz wybór oferty obecnego Odwołującego (WIKAR) jako najkorzystniejszej, pomimo podstaw do jej odrzucenia oraz wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza w przywołanym orzeczeniu uwzględniła odwołanie i nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem ofert wykonawców BUDMEX oraz Zakład Jan Waz oraz nakazała odrzucenie oferty uznanej wówczas przez Zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą, tj. oferty aktualnie Odwołującego.

W wyniku wykonania wskazanego orzeczenia Izby oraz ponownego badania i oceny złożonych ofert Zamawiający przywrócił do udziału w postępowaniu ofertę BUDMEX (aktualnie Przystępującego po stronie Zamawiającego) oraz Zakład Jan Waz, tj. uznał, że oferty te są ważne, a wykonawcy nie podlegali wykluczeniu. Powyższe skutkowało uznaniem oferty BUDMEX (aktualnego Przystępującego) za najkorzystniejszą w postępowaniu, tj. z najniższą ceną ofertową z pośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Ponowna czynność badania i oceny ofert, w wyniku której oferta BUDMEX została uznana za najkorzystniejszą, została wykonana przez Zamawiającego zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu w dniu 22 grudnia 2008 r. (powyższe wynika z protokołu posiedzenia komisji przetargowej), a co uniemożliwia Odwołującemu ponowne powoływanie się na te same okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia i powoduje stan zbliżony do powagi rzeczy osądzonej.

W powołanym wyżej wyroku Izba bowiem stwierdziła, iż „zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie niezgodności terminu rozpoczęcia i zakończenia robót przez wykonawcę wybranego (WIKAR) z treścią SIWZ (...) zasługuje na uwzględnienie” szczegółowo odnosząc się do poszczególnych terminów wskazanych w planowanym harmonogramie realizacji zamówienia. Protest z dnia 29 grudnia 2008 r. oraz następnie wniesione odwołanie jest w istocie polemiką z treścią uzasadnienia ww. wyroku KIO, w kontekście treści ofert (harmonogramów) BUDMEX i Zakład Jan Waz.

Krajowa Izba Odwoławcza, nakazując ponowne badanie i ocenę ofert, odniosła się także w treści uzasadnienia do zarzutów protestów (z dnia 22 września 2008 r. oraz wniesionych następnie odwołań), wskazując w jaki sposób należy dokonać ponownej czynności, a zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem „treść wyroku należy brać pod uwagę

łącznie z jego uzasadnieniem". Tym samym w niniejszym stanie faktycznym wypełniona została przesłanka z art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp, Odwołujący wniósł bowiem protest, a następnie odwołanie na czynności, które Zamawiający wykonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, a co wskazano już powyżej cytując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1149/08 i KIO/UZP 1150/08.

Nadto należy podkreślić, iż aktualny Odwołujący nie był uczestnikiem wcześniejszego postępowania odwoławczego, o którym mowa powyżej – nie złożył przystąpienia do toczącego się postępowania w wyniku złożenia protestów przez BUDMEX oraz Zakład Jan Waz ani też przystąpienia do postępowania odwoławczego, choć miał on w tym swój interes prawny. Interes, o którym mowa, wyrażał się w tym, że przywrócenie do udziału w postępowaniu oferty BUDMEX (cena brutto oferty 2.728.879,25 zł.) - tańszej od oferty Odwołującego (cena brutto oferty 2.764.423,16 zł.) - skutkowało wprost koniecznością odstąpienia od wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Zarzuty podnoszone na wcześniejszym etapie postępowania protestacyjnego - zakończonego wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2008 r. – dotyczyły:

- naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez błędne przyjęcie, że oferta BUDMEX zawiera błędy rachunkowe oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 10 poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego (aktualnego Odwołującego, tj. WIKAR), art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 91 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej (aktualnego Odwołującego) mimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie terminu rozpoczęcia i zakończenia robót będących przedmiotem przetargu, a także art. 7 ust. 1 i 3 poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (wniesione przez BUDMEX);
- naruszenia przez Zamawiającego art. 7, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy wybranego (aktualnego Odwołującego), mimo że oferta ta podlegała odrzuceniu, a sam wykonawca wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty ówczesnego Odwołującego, tj. Zakład Jan Waz pomimo tego, że jej treść jest zgodna z treścią SIWZ (wniesione przez Zakład Jan Waz).

Tak więc kwestie dotyczące ważności ofert aktualnie Przystępujących (BUDMEX i Zakład Jan Waz) i aktualnego Odwołującego były przedmiotem oceny tak Zamawiającego, jak i składu orzekającego Izby na wcześniejszym etapie postępowania protestacyjnego i

odwoławczego – ostatecznie zakończonego. W postępowaniu tym nie brał udziału aktualnie Odwołujący, tym samym - jako skutecznie wezwany do udziału w postępowaniu protestacyjnym - utracił on prawo kwestionowania oferty Przystępującego, jak i prawidłowości odrzucenia jego oferty, a więc czynności dokonanych przez Zamawiającego zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Na taki kierunek interpretacji obowiązujących przepisów prawa oraz stanu faktycznego w niniejszej sprawie wskazuje zasada szybkości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz kumulacji zastosowania środków ochrony prawnej przez wykonawców, wprowadzonej do przepisów ustawy ustawą nowelizacyjną z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Nr 79, poz. 551), którą wprowadzono przywoływany przepis art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy Pzp na niniejsze ~~wyrok~~/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:

.....

.....