

Sygn. akt: KIO/UZP 1525/10

POSTANOWIENIE

z dnia 28 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Bogdan Artymowicz
Katarzyna Brzeska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 28 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez konsorcjum firm: **Hydrobudowa Gdańsk S.A. (lider); KTS Elpom S.A., ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Międzygminne Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji „EKOWIK” Sp. z o.o., ul Droga Chłapowska 21, 84-120 Władysławowo** protestu z dnia 29 czerwca 2010 r.

przy udziale konsorcjum firm: **Mostostal Warszawa S.A.; Acciona Infraestructuras S.A., ul Konstruktorska 11A, 02- 673 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża konsorcjum firm: **Hydrobudowa Gdańsk S.A. (lider); KTS Elpom S.A., ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł. 00 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy)** z kwoty wpisu uiszczzonego przez odwołującego konsorcjum firm:

**Hydrobudowa Gdańsk S.A. (lider), KTS Elpom S.A., ul. Grunwaldzka 135,
80-264 Gdańsk,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 556,00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy)** z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego konsorcjum firm: **Hydrobudowa Gdańsk S.A. (lider); KTS Elpom S.A. ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Kontrakt nr 4 - Zadanie nr 1, Rozbudowa i Przebudowa Oczyszczalni Ścieków w Jastrzębiej Górze,” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE 2009/S 246-353013 z 22.12.2009 r.), w dniu 29 czerwca 2010 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez konsorcjum firm: Hydrobudowa Gdańsk S.A.; KTS Elpom S.A., z siedzibą lidera w Gdańsku.

Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia pismem z dnia 21 czerwca 2010 r. o wyborze oferty konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A.; Acciona Infraestructuras S.A. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący w proteście zarzucił zamawiającemu – Międzygminnemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji „EKOWIK” Sp. z o.o. z siedzibą we Władysławowie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 222, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65 poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591), dalej ustawy Pzp, tj.

1. art. 22 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 3 i 9 przez bezpodstawne przyjęcie, iż wybrany wykonawca konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A.; Acciona Infraestructuras S.A. spełnia warunki udziału w postępowaniu.
2. art. 24 ust. 1 pkt 3 i 9 przez bezpodstawne zaniechanie wykluczenia konsorcjum Mostostal Warszawa S.A.; Acciona Infraestructuras S.A.,
3. art. 24 ust. 4, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który podlegał wykluczeniu,
4. art. 7 ust. 1 ustawy przez nie zapewnienie uczciwej konkurencji w prowadzonym postępowaniu.

W związku z podniesionymi zarzutami, odwołujący żądał:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A.; Acciona Infraestructuras S.A,
- 2) wykluczenia wykonawcy konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A.; Acciona Infraestructuras S.A. i odrzucenia jego oferty,
- 3) powtórzenia czynności polegającej na ponownym rozpatrzeniu złożonych ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów protestu, odwołujący powołał się na doznany uszczerbek interesu prawnego, gdyż w przypadku podjęcia przez zamawiającego czynności zgodnych z odnośnymi przepisami prawa, jako najkorzystniejsza winna zostać uznana oferta odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, iż oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A.; Acciona Infraestructuras S.A, została wybrana w wyniku drugiej oceny ofert, nakazanej wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 846/10. Dalej podkreślał, iż „zamawiający na mocy wymienionego wyroku nie został zobowiązany do bezkrytycznego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Mostostal, lecz winien w sposób skrupulatny, zachowując zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji ponownie ocenić oferty.”

Odwołujący przyznał, iż w toku poprzedniego postępowania protestacyjnego, nie zgłaszał zarzutów wobec oferty złożonej przez konsorcjum Mostostal, bowiem nie miał w dokonaniu takiej czynności interesu prawnego, skoro sam zamawiający wskazał przyczyny i podstawy wykluczenia danego wykonawcy z postępowania, które zdaniem odwołującego (przystępującego do poprzedniego odwołania) były w pełni zasadne. Z tych względów zaskarżył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2010 r., uwzględniający odwołanie konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A.; Acciona Infraestructuras S.A.

Odwołujący argumentował, iż art. 181 ust. 7 ustawy Pzp dotyczy przypadku, w którym wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany do udziału w postępowaniu protestacyjnym tracą prawo do wniesienia środka odwoławczego w oparciu o te same okoliczności, które stanowiły przedmiot zaskarżenia w ostatecznie rozstrzygniętym proteście. Do takiej sytuacji w ocenie odwołującego nie doszło, gdyż powołuje się on na zupełnie nowe okoliczności, które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia w ramach wcześniejszego postępowania protestacyjnego, a ich podniesienie było de facto, wobec konieczności wykazania interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej, możliwe dopiero w ramach niniejszego postępowania. Izba nie nakazała w przywołanym wyroku wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Mostostal, ale dokonanie ponownej oceny i badania ofert, które winno zostać przeprowadzone zgodnie z zasadami określonymi w ustawie Prawo zamówień publicznych. Czynność zaś wykluczenia konsorcjum została unieważniona

wyłącznie w odniesieniu do zarzutów, opisanych przez zamawiającego w piśmie 13 kwietnia 2010 r. po pierwszym wyborze oferty.

Odwołujący podnosił, iż w sprawie sygn. akt KIO/UZP 846//10 konsorcjum Mostostal w treści protestu jak i odwołania zarzuciło zamawiającemu bezprawne wykluczenie z postępowania z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp i nieuprawniony wybór oferty odwołującego. Wobec brzmienia wyroku Izby nakazującego unieważnienie wykluczenia konsorcjum Mostostal, a co za tym idzie unieważnienie czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy, zamawiający w dniu 21 czerwca powtarzając czynności badania i oceny ofert wybrał ofertą konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A.; Acciona Infraestructuras S.A. Zdaniem odwołującego, czynność ta została podjęta z naruszeniem wskazanych w proteście przepisów ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia z 19 maja 2006 r. Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w szczególności zaś § 2 ust. 3 tegoż aktu. Odwołujący wskazywał, iż partner konsorcjum - Acciona Infraestructuras S.A. nie przedłożył dokumentów potwierdzających fakt niepodlegania wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, w zakresie udokumentowania niezalegania z opłatą składek na ubezpieczenia zdrowotne, tj. wymogu uregulowanego w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, oraz niekaralności podmiotu zbiorowego (faktu nie orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie) zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, w związku z wymogiem formy dokumentów składanych w postępowaniach przetargowych stosownie do postanowień § 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów oraz żądania zamawiającego opisanego w Rozdziale IV pkt IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) - instrukcji dla wykonawców (IDW). Zgodnie bowiem z przepisem § 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów, wprost wprowadzonym przez zamawiającego do postanowień SIWZ, jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Przyznał za niesporne, wobec treści dokumentów załączonych do oferty konsorcjum Mostostal (strony 125 do 128 oraz 149 -152), że w Hiszpanii - siedzibie firmy partnera - Acciona Infraestructuras S.A., nie wydaje się urzędowego ani sądowego odpowiednika zaświadczenia o niekaralności podmiotu zbiorowego oraz dokumentu potwierdzającego niezaleganie z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne. W ocenie odwołującego, konsorcjum Mostostal załączyło do oferty dokumenty rzekomo potwierdzające brak podstaw do wykluczenia Acciona Infraestructuras S.A. z postępowania, jednakże bez wskazania w

treści dokumentu niekaralności w/w podmiotu zbiorowego oraz faktu niezalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne. Odwołujący wywodził, iż oba dokumenty przywołane powyżej nie spełniają warunków formalnych koniecznych do uznania ich za ważne i potwierdzające brak podstaw do wykluczenia konsorcjum Mostostal z niniejszego postępowania. Treść § 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów w sposób wyraźny wskazuje, iż dokumenty, których się nie wydaje na terenie kraju pochodzenia osoby lub siedziby wykonawcy, zastępowane są oświadczeniami składanymi przed notariuszem lub innymi organami sądowo - administracyjnymi. W opinii odwołującego, za formę oświadczenia złożonego przed notariuszem z pewnością nie można uznać formy oświadczenia z notarialnie poświadczonym podpisem, które do oferty załączyło konsorcjum Mostostal. Odwołujący zaznaczał, iż oświadczenie złożone przed notariuszem (organem) należy odróżnić od czynności poświadczania podpisu osoby składającej oświadczenie. Zgodnie z Wyrokiem Sądu Okręgowego z dnia 26 lutego 2007 r. (sygn. akt V Ca 47/07): „w dokumencie, który opatrzony jest pieczęcią z której wynika, że potwierdza ona złożenie podpisu pod dokumentem. W oczywisty sposób nie jest to równoważne ze złożeniem oświadczenia przed notariuszem (...).” Przepis § 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wprost bowiem przewiduje dla dokumentu formę oświadczenia składanego przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego. Dalej odwołujący wywodził, iż świetle polskiego prawa, przyjęcie oświadczenia przez notariusza wymaga zrozumienia przez niego treści składanego oświadczenia, wykazania tożsamości osoby składającej oświadczenia, fakt i datę stawiennictwa przed notariuszem oraz złożenia oświadczenia, co sprowadza się w zasadzie do konieczności zastosowania do takiego oświadczenia formy aktu notarialnego. W przekonaniu odwołującego, w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówień publicznych realizowanych w oparciu o polskie przepisy, zastosowanie ma wyłącznie prawo polskie i wszystkie oświadczenia będące dokumentami koniecznym do wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawców z postępowania winny być sporządzane w formach przepisanych przez to prawo. Przywiodło to odwołującego do wniosków, iż dokumenty rzekomo potwierdzające niezaleganie z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania partnera konsorcjum Mostostal uznać należy za wadliwe. Wobec zaś faktu, iż każdy z powołanych dokumentów winien potwierdzać stan prawny na dzień złożenia ofert, uzupełnienie tychże dokumentów, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jest zdaniem odwołującego, niedopuszczalne. Skutkiem zaś przywołanych wyżej zarzutów winno być obligatoryjne wykluczeniem konsorcjum Mostostal z postępowania oraz odrzucenie jego oferty.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 30 czerwca 2010 r. do postępowania wywołanego protestem pismem z dnia 2 lipca 2010 r, którego kopia została przekazana odwołującemu, przystąpił wybrany wykonawca konsorcjum Mostostal, który w kontekście też podniesionych przez odwołującego, twierdził, iż dokumenty podmiotowe, dotyczące partnera, tj. firmy Acciona Infraestructuras S.A. są prawidłowe, zostały sporządzone zgodnie z przepisami obowiązującymi w Hiszpanii i według tego prawa powinny być oceniane, a nie według prawa polskiego jak utrzymywał odwołujący. Przystępujący powołując się na interes prawny w utrzymaniu czynności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, wnosił o oddalenie, względnie odrzucenie protestu na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy Pzp w związku z art. 181 ust. 6 i 7 i art. 187 ust. 4 pkt 6 tej ustawy, z uwagi na fakt, że zarzuty dotyczą czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem poprzednio wniesionego protestu.

Pismem z dnia 8 lipca 2010 r, doręczonym w tej samej dacie, zamawiający odrzucił protest na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy Pzp, w związku z art. 181 ust. 6 tej ustawy, stwierdzając, iż dokonał wyboru oferty konsorcjum Mostostal, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący, jako ówczesny przystępujący - uczestnik postępowania odwoławczego, nie może następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem poprzedniego protestu, zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Ponadto zamawiający uznał, że zarzuty podniesione w proteście przez odwołującego są spóźnione i nie dotyczą nowych okoliczności, gdyż posiadał on wiedzę w zakresie zarzutów, jakie sformułował zamawiający w odniesieniu oferty konsorcjum Mostostal, już po zawiadomieniu w dniu 13 kwietnia 2010 r. o wynikach postępowania. Winien więc być świadomy, iż rezultatem wniesienia protestu może być uwzględnienie zarzutów konsorcjum Mostostal i dopuszczenie do oceny oferty tego wykonawcy.

W odwołaniu wniesionym w dniu 19 lipca 2010 r, z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności z dnia 21 czerwca 2010 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A.; Acciona Infraestructuras S.A.;
- 2) dokonania wykluczenia z udziału wykonawcy: Mostostal Warszawa S.A.; Acciona Infraestructuras S.A.;
- 3) a w konsekwencji nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez firmy: Mostostal Warszawa S.A. - Acciona Infraestructuras S.A., na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 3 i 9 ustawy Pzp, a tym samym odrzucenie oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp,

4) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący ponowił argumentację podnoszoną w proteście. Odnosząc się do rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego, podał iż jest uprawniony do powoływania się na doznany uszczerbek interesu prawnego, gdyż wykonawca konsorcjum Mostostal winien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona. W takim przypadku zostanie wybrana prawidłowa oferta odwołującego. Ponadto, zdaniem odwołującego, poprawna jest linia orzecznicza, która opowiada się za szerokim rozumieniem pojęcia interesu prawnego wykonawcy, gdyż jako uczestnik postępowania przetargowego, jest zainteresowany prawidłowym jego przebiegiem, uznając, iż podjęte przez zamawiającego czynności naruszyły wskazane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący przytoczył pogląd wyrażony w wyroku z dnia 13.02.2019 r, sygn. akt KIO/UZP 141/09 iż pojęcie interesu prawnego należy rozumieć szeroko, jako interes majątkowy i niemajątkowy. Nie jest też konieczne doznanie uszczerbku w jednej z tych sfer, a wystarczy samo jego zagrożenie. Zatem błędem jest utożsamianie interesu prawnego wyłącznie z interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.”

Wskazywał, iż zamawiający na mocy wyroku z dnia 24 maja 2010 r. nie został zobowiązany wprost do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Mostostal, lecz winien w sposób skrupulatny, zachowując zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji ponownie ocenić oferty i w przypadku jakichkolwiek nieprawidłowości wezwać do ich uzupełnienia lub wyjaśnienia. Odwołujący uzasadniał, iż w toku poprzedniego postępowania protestacyjnego nie zgłaszał zarzutów wobec oferty złożonej przez konsorcjum Mostostal, bowiem nie miał w dokonaniu takiej czynności interesu prawnego, skoro to sam zamawiający podał przyczyny i podstawy do dokonania czynności wykluczenia wymienionego wykonawcy z postępowania, które zdaniem odwołującego, były w pełni uzasadniające podjęcie decyzji o wykluczeniu konkurencyjnego wykonawcy z postępowania. Zarzuty wobec oferty konsorcjum Mostostal nie zostały uwzględnione wprowadzie przez Krajową Izbę Odwoławczą, jednakże wobec zaistniałego, naruszenia prawa, na wymieniony wyrok została wniesiona skarga przez odwołującego. Natomiast stanowisko zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 8 lipca 2010 r. stwierdzające, iż protest konsorcjum Hydrobudowy podlega odrzuceniu na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy Pzp, uznał za nieuzasadnione i prowadzące do ograniczenia możliwości zgłaszania przez oferentów nieprawidłowości oferty konkurencyjnej na etapie kolejnej czynności - wyboru oferty najkorzystniejszej, która zgodnie z wyrokiem KIO winna zostać poprzedzona oceną, a tym samym nie mogło dojść do bezkrytycznego uznania przez zamawiającego dokumentów za prawidłowe, które de facto winny podlegać uzupełnieniu przez konsorcjum Mostostal. W opisanym przypadku, zdaniem odwołującego, nie może mieć zastosowania art. 180 ust. 7

ustawy Pzp wskazywany przez zamawiającego jako uzasadnienie podjętych działań, gdyż nie zachodzi żadna z przesłanek w nim wymienionych - jako podstawa do odrzucenia środka odwoławczego. Odwołujący nadmieniał, iż protest został wniesiony z zachowaniem ustawowego terminu i dotyczy okoliczności, które zamawiający winien ustalić we własnym zakresie, podejmując stosowne działania wobec konsorcjum Mostostal. Przywoływał treść art. 181 ust. 7 Pzp, który normuje niedopuszczalność wniesienia środka odwoławczego w oparciu o te same okoliczności, które stanowiły przedmiot zaskarżenia w ostatecznie rozstrzygniętym proteście. Podkreślał, iż w przedmiotowym stanie faktycznym taka sytuacja nie zachodzi, bowiem okoliczności i zarzuty podniesione wobec oferty konsorcjum Mostostal dotyczą zupełnie innych elementów oferty oraz obejmują inne uzasadnienie prawne. Zaś art. 181 ust. 6 Pzp stanowi podstawę do odrzucenia protestu wyłącznie w przypadku, gdy dotyczył zaskarżenia czynności zamawiającego wykonanej zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Takie uwarunkowania nie nastąpiły w ramach niniejszego postępowania, bowiem Krajowa Izba Odwoławcza nie nakazała zamawiającemu wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Mostostal, lecz dokonanie ponownej oceny ofert, która to ocena winna zostać przeprowadzone zgodnie z zasadami określonymi w ustawie Pzp. Czynność zaś wykluczenia konsorcjum Mostostal została unieważniona wyłącznie w odniesieniu do zarzutów opisanych przez zamawiającego na etapie pierwszej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 13 kwietnia 2010 r. Na poparcie swego stanowiska, odwołujący przytoczył tezę w Komentarzu do Prawa Zamówień Publicznych, autorstwa Jerzego Pieróga (C.H.Beck, Warszawa 2009), iż na czynności wykonane w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu nie można wnieść środków ochrony prawnej, oczywiście o ile są one wykonane zgodnie z tym rozstrzygnięciem." Czynność zaś ponownej oceny ofert nakazana zamawiającemu, nie została zaś wykonana zgodnie z rozstrzygnięciem, tj. zgodnie z przepisami Pzp, w szczególności zasadami wymienionymi w art. 7 ust. 1 tej ustawy.

Analizując zaś zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, odwołujący przyjął, iż nie znajduje uzasadnienia twierdzenie zamawiającego, że zarzuty podniesione w proteście są spóźnione, bowiem na etapie pierwszej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej odwołujący nie miał, jako wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, interesu prawnego w ich zgłoszeniu. Nadmieniał, iż protest został wniesiony z zachowaniem ustawowego terminu i dotyczy okoliczności, które zamawiający winien przeprowadzić z własnej inicjatywy, podejmując stosowne działania wobec konsorcjum Mostostal.

Pismem z dnia 27 lipca 2010 r., z kopią przekazaną stronom przed otwarciem posiedzenia Izby, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wybrany wykonawca konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A.; Acciona Infraestructuras S.A.,

który powołując się na interes prawny w utrzymaniu czynności wyboru jego oferty i zawarciu umowy o realizację zamówienia, podtrzymał stanowisko wyrażone w przystąpieniu do postępowania zainicjowanego protestem. W odrębnym piśmie, złożonym uzupełniająco, przystępujący poparł stanowisko zamawiającego, że protest został złożony z uchybieniem terminu.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła dopuścić konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A.; Acciona Infraestructuras S.A. do udziału w sprawie jako przystępującego po stronie zamawiającego.

Na posiedzeniu Krajowa Izba Odwoławcza w oparciu o dokumenty akt sprawy oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO/UZP 846/10 ustaliła i zważyła co następuje.

W dniu 22 grudnia 2009 r. okazało się ogłoszenie o przetargu nieograniczonym na zadanie inwestycyjne pn.: „Kontrakt nr 4 - Zadanie nr 1, Rozbudowa i Przebudowa Oczyszczalni Ścieków w Jastrzębiej Górze.” Wobec czego w sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy przed nowelizacją dokonaną w drodze ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

W dniu 13 kwietnia 2010 r. zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego - konsorcjum w składzie: Hydrobudowa Gdańsk S.A. (lider); KTS Elpom S.A. i wykluczył konsorcjum Mostostal za nie wykazanie dysponowania osobami przewidzianymi do realizacji zamówienia.

W dniu 22 kwietnia 2010 r. został złożony protest przez wykluczonego - konsorcjum Mostostal. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, do postępowania protestacyjnego przystąpił odwołujący - konsorcjum: Hydrobudowa - KTS ELPOM. Zamawiający uwzględnił jeden z zarzutów protestu, w pozostałym zaś zakresie zarzuty oddalił stwierdzając ich bezzasadność. W dniu 24 maja 2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie sygn. akt KIO/UZP 846/10 uwzględniła wniesione przez konsorcjum Mostostal odwołanie od oddalonych zarzutów protestu i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie wykluczenia konsorcjum Mostostal z postępowania oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wykonując wyrok Izby, w dniu 21 czerwca 2010 r. podjął czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Mostostal.

Bezsporną okoliczność stanowi, iż 13 kwietnia 2010 r. zamawiający wykluczył konsorcjum Mostostal, gdyż uznał, że nie dysponuje on osobami wymaganymi przy realizacji zamówienia, zatem zarzuty podnoszone obecnie przez odwołującego nie są tożsame.

Zgodnie z art. 181 ust. 5 ustawy Pzp, odwołujący uprawniony był aby zgłosić przystąpienie do toczącego się postępowania w wyniku protestu Mostostal, wykazując swój interes prawny w przystąpieniu oraz określając swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście. W przystąpieniu nie mógł skutecznie podnosić dalszych zarzutów przeciwko ofercie wykonawcy wnoszącego protest. Natomiast skorzystanie z tego środka ochrony prawnej nie zamykało odwołującemu drogi do złożenia, we właściwym terminie, własnego protestu na inne czynności lub zaniechania zamawiającego w odniesieniu do oferty kwestionowanego wykonawcy.

Odwołujący dokładnie utrafił w pogląd Izby, iż „zamawiający winien w sposób skrupulatny zachowując zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji ponownie ocenić oferty.” Z tym tylko, iż nie odnosi się to wyłącznie do kolejnej oceny ofert, w tym przypadku nakazanej wyrokiem Izby z dnia 24 maja 2010 r., ale przede wszystkim do oceny pierwszej.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, protest wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Bezsporne jest, iż odwołujący protestem objął zarzuty, iż partner konsorcjum Mostostal - firma Acciona Infraestructuras S.A. nie złożył w wymaganej formie dokumentów odnoszących się do uregulowania składek na ubezpieczenie zdrowotne i odpowiedzialności podmiotu zbiorowego. Bezspornie oświadczenia w tym zakresie osób reprezentujących Acciona Infraestructuras S.A. - w formie pisemnej z podpisem notarialnie uwierzytelnionym, zostały złożone w dokumentach oferty konsorcjum Mostostal, a dokumenty te opatrzone są klauzulą jednolitego poświadczenia apostille.

Treść dokumentów oferty konsorcjum Mostostal była odwołującemu znana, gdyż są one jawne od momentu otwarcia, co do zasady zbieżnego z datą składania ofert. Natomiast wiadomość o zaniechaniu przez zamawiającego „skrupulatnego zbadania” kwestionowanej oferty, odwołujący mógł powziąć po otrzymaniu wyniku oceny ofert po pierwszym wyborze, przeprowadzonym przez zamawiającego w dniu 13 kwietnia 2010 r.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem odwołującego, iż wówczas nie miał on interesu w skarżeniu zaniechań zamawiającego, gdyż jako najkorzystniejsza została wybrana jego oferta. Otóż wybór ten nie miał charakteru ostatecznego i odwołujący winien się liczyć z tym, że konkurent, który złożył ofertę z korzystniejszą ceną, skorzysta ze środków zaskarżenia, a jego oferta może zostać przywrócona jako ważnie złożona i podlegająca ocenie w ustalonym kryterium ceny. Co w rzeczywistości nastąpiło.

Sam odwołujący powoływał się na poglądy doktryny i orzecznictwa, iż dla wykazania interesu prawnego, nie jest konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo jego zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Potwierdza to orzecznictwo ETS w wyroku z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH i inni v. Autobahnenund Schnellstrassen-Finanzierungs-AG, Asfinag (C-410/01, [2003] ECR 6413, nr w SIP Lex: 158605), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd: "fakt, że artykuł 1 ust. 3 Dyrektywy 89/665 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych, odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej Dyrektywą 92/50 odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, wyraźnie pozwala Państwom Członkowskim określać szczegółowe zasady, wedle których muszą wprowadzić procedury odwoławcze (zapewnione tą dyrektywą), dostępne dla każdej osoby, która ma lub miała interes w uzyskaniu danego zamówienia i która była lub ryzykuje bycie poszkodowaną w wyniku domniemanego naruszenia, nie upoważnia instytucji zamawiających do nadawania terminowi "interes w uzyskaniu danego zamówienia" interpretacji, która mogłaby ograniczać efektywność tej dyrektywy."

W świetle powyższego, zdaniem Izby, istnienie interesu prawnego po stronie odwołującego, aby po dokonaniu pierwszej oceny ofert w dniu 13 kwietnia 2010 r. domagać się wykluczenia konsorcjum Mostostal ze wszystkich przyczyn czynność taką uzasadniających, a nie tylko z tych które podał zamawiający, nie budzi wątpliwości. Skoro bowiem zamawiający nie zbadał oferty w sposób skrupulatny, dokładny i całościowy, do czego był zobowiązany, zachowując zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji, to już wówczas należało przypisać zamawiającemu złamanie przepisów i zaniechanie wykonania czynności nakazanych ustawą, stanowiące podstawę wniesienia protestu. Stanowisko odwołującego, iż z jednej strony wystarczy samo zagrożenie interesu prawnego wykonawcy, do skorzystania ze środków ochrony prawnej, a z drugiej jego twierdzenia, iż nie mógł skarżyć wyniku pierwszej oceny ofert z braku interesu prawnego do podjęcia takich działań, pozostaje w wewnętrznej sprzeczności i wykazuje brak konsekwencji.

W ocenie Izby, zamawiający wykonał czynności ponownej oceny ofert w dniu 21 czerwca 2010 r. zgodnie ze wskazaniem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 846/10. Izba podziela pogląd, iż do czasu ostatecznego wyboru oferty, w każdym stadium postępowania, zamawiający ujawniając nowe okoliczności uzasadniające wykluczenie wykonawcy, czy odrzucenie jego oferty, jest uprawniony aby takie działania podjąć. Ewentualne podstawy do wykluczenia wykonawcy z innych przyczyn, niż podane po pierwszej ocenie, zamawiający ocenia samodzielnie i nie musi się kierować

wskazaniami wykonawcy, który podnosi nowe zarzuty przeciwko ofercie konkurenta, z uchybieniem terminu na wniesienie protestu.

Zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, wymaga aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca nakazał jednoczesne wykonywanie wszystkich tych czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie postępowania, w tym jednoczesne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Powiadomieni równocześnie wykonawcy mają dostępny ten sam termin na zapoznanie się z wynikami przetargu, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości na jego oprotestowanie. Powyższa zasada znajduje odzwierciedlenie między innymi w przepisach art. 92, art.180, art. 181 ust. 3-7 art. 187 ust. 4 pkt 6, ustawy Pzp. Jeżeli zamawiający odrzucił ofertę konsorcjum Mostostal, ale nie podał wszystkich przyczyn czynność taką uzasadniających, odwołujący mógł skutecznie skorzystać ze środków ochrony prawnej, wnosząc protest w terminie liczonym od daty doręczenia powiadomienia o wynikach oceny ofert w dniu 13 kwietnia 2010 r, a nie tylko przystępując do postępowania wywołanego protestem tego wykonawcy, w którym to przystąpieniu był ograniczony wyłącznie do popierania zarzutów wskazanych przez zamawiającego.

Zdaniem Izby, nie nastąpiły w przedmiotowym postępowaniu żadne nowe okoliczności, poza czynnościami wykonanymi zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem poprzedniego protestu, które mogłyby stanowić podstawę wnoszenia nowych środków zaskarżenia na czynności zamawiającego. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej urzeczywistnia zaś istotny z punktu widzenia procedur zamówień publicznych postulat, szybkiego i sprawnego systemu kontroli czynności podejmowanych w trakcie postępowania o zamówienie publiczne.

W tym stanie rzeczy, Izba uznała, iż protest został wniesiony z uchybieniem terminu, określonego w art. 180 ust 2 ustawy Pzp. Zatem zachodziły obligatoryjne podstawy do odrzucenia odwołania przewidziane art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, które Izba ustaliła z urzędu.

Izba odrzuciła odwołanie o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

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 w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....