

Sygn. akt KIO/UZP 338/08

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 24 kwietnia 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Dagmara Gałczewska-Romek

**Członkowie:** Ryszard Tetzlaff  
Renata Tubisz

**Protokolant:** Lidia Ziółkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu / ~~rozprawie~~<sup>z</sup> w dniu / w ~~dnia~~<sup>ch</sup> 24 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlane WITKA Krzysztof Krawczyk, Przedsiębiorstwo Budowlane SKORŁUTOWSKI Sp. j. Jerzy i Ewa Skorłutowscy, ul. Kołobrzeska 50 H, 10-434 Olsztyn** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, ul. Heweliusza 12, 10-957 Olsztyn** protestu / ~~protestów~~<sup>z</sup> z dnia 27 marca 2008 r.

przy udziale **Konsorcjum: Budimex Dromex S.A., Sprint Sp. z o.o., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. odrzuca odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlane WITKA Krzysztof Krawczyk, Przedsiębiorstwo Budowlane SKORŁUTOWSKI Sp. j. Jerzy i Ewa Skorłutowscy,**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlane WITKA Krzysztof Krawczyk, Przedsiębiorstwo Budowlane SKORŁUTOWSKI Sp. j. Jerzy i Ewa Skorłutowscy,**
- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty ..... zł ..... gr (słownie:.....)~~  
~~przez ..... na rzecz .....,~~  
~~stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu .....~~
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty ..... zł ... gr (słownie:.....)~~  
~~przez ..... na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych, zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlane WITKA Krzysztof Krawczyk, Przedsiębiorstwo Budowlane SKORŁUTOWSKI Sp. j. Jerzy i Ewa Skorłutowscy.**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Uniwersytet Warmińsko - Mazurski w Olsztynie, ul. Heweliusza 12, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie wykonania remontu Domu Studenckiego nr 120 z przystosowaniem do aktualnych przepisów przeciwpożarowych w zakresie robót budowlanych, rozbiórkowych, wewnętrznych instalacji elektrycznych ppoz. w Uniwersytecie Warmińsko- Mazurskim w Olsztynie ul. Dybowskiego 7.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. tj. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 14 grudnia 2007 r. pod numerem 25101019 -2007.

Dnia 7 marca 2008 roku Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlane WITKA Krzysztof Krawczyk, Przedsiębiorstwo Budowlane „Skorłutowski” sp. jawna Jerzy i Ewa Skorłutowscy. Czynność ta została oprotestowana w dniu 14 marca 2008 roku przez innego uczestnika postępowania, tj. Konsorcjum Budimex Dromex S.A. oraz Sprint Sp. z o.o., które domagało się m.in. wykluczenia z postępowania m.in. Odwołującego, powołując się na przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W odpowiedzi na informację Zamawiającego z dnia 14 marca 2008 roku z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym Wykonawca – Konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlane WITKA Krzysztof Krawczyk, Przedsiębiorstwo Budowlane „Skorłutowski” sp. jawna Jerzy i Ewa Skorłutowscy złożyło w dniu 17 marca br. przystąpienie do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego.

Zamawiający pismem z dnia **20 marca 2008 roku**, przekazany tego samego dnia uwzględnił w całości protest złożony przez Konsorcjum Budimex Dromex S.A. oraz Sprint Sp. z o.o. i dokonał ponownej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 20 marca 2008 roku Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Budimex Dromex S.A. oraz Sprint Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu ofert, w tym o odrzuceniu oferty Konsorcjum: Przedsiębiorstwo

Budowlane WITKA Krzysztof Krawczyk, Przedsiębiorstwo Budowlane „Skorłutowski” sp. jawna Jerzy i Ewa Skorłutowscy.

Czynność ta została oprotestowana pismem z dnia **27 marca 2008 roku** przez Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlane WITKA Krzysztof Krawczyk, Przedsiębiorstwo Budowlane „Skorłutowski” sp. jawna Jerzy i Ewa Skorłutowscy tj. Odwołującego się.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez jego niezastosowanie przejawiające się tym, że Zamawiający nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie stawianego warunku w rozdziale IV pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprzez ich błędne zastosowanie przejawiające się tym, że Zamawiający wykluczył Odwołującego mimo braku przesłanek do ich zastosowania;
3. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, poprzez błędne jego zastosowanie przejawiające się tym, że Zamawiający odrzucił ofertę Protestującego pomimo, że oferta ta powinna zostać uznana za ważną;
4. art. 91 w związku z art. 72 ust. 2 ustawy, poprzez nie wybranie oferty z najkorzystniejszą ceną, przejawiające się tym, że wskutek wykluczenia i odrzucenia oferty Protestującego nie wybrana została oferta z najniższą ceną;
5. art. 7 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, obiektywizmu i bezstronności, mające swój wyraz w tym, że Zamawiający bezprawnie wykluczył Protestującego z postępowania i nie wybrał oferty Protestującego a wybrał ofertę Konsorcjum firm: BUDIMEX DROMEX S.A, z siedzibą w Warszawie przy ul. Stawki 40 i Sprint Sp. z o.o, z siedzibą w Olsztynie przy ul. Jagiellończyka 26, która winna zostać odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał szczegółowo na wady oferty Konsorcjum firm: BUDIMEX DROMEX S.A, oraz na nieuzasadnione odrzucenia swojej oferty.

Zamawiający **pismem z dnia 4 kwietnia 2008 roku** protest złożony przez Odwołującego odrzucił, powołując się na przepis art. 180 ust. 7 w związku z art. 181 ust. 6 i ust. 7 ustawy.

W ocenie Zamawiającego Protestujący uprawniony był do wniesienia odwołania od rozstrzygnięć protestów dokonanych przez niego, ponieważ nie skorzystał z przysługującego mu trybu postępowania, zatem - po upływie terminu do złożenia odwołania -rozstrzygnięcie

protestów przez Zamawiającego uzyskało walor rozstrzygnięcia ostatecznego, co jest zgodne z art. 182 ust.2 pkt 2 ustawy.

Zgodnie z art 181 ust. 6 w związku art 181 ust. 7 Prawa zamówień publicznych jedynym środkiem ochrony prawnej na czynności Zamawiającego, który przysługiwał wnoszącemu protest, było odwołanie.

Ponadto Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 181 ust. 7 ustawy, z uwagi na to iż Protestujący przystąpił do postępowania wywołanego protestem wniesionym przez BUDIMEX DROMEX SA, nie może następnie wnieść protestu, powołując się na te same okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia.

Na poparcie swoich twierdzeń Zamawiający przytoczył szereg wyroków wydanych przez zespoły arbitrów.

Nie zgadzając się z odrzuceniem protestu przez Zamawiającego Odwołujący wniósł w dniu **9 kwietnia 2008 roku** odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień, podtrzymując w jego treści zarzuty i wnioski zawarte w proteście i dotyczące niezgodnego z przepisami wykluczenia jego oferty a także wskazując wady w ofercie Konsorcjum Budimex -Dromex.

W odniesieniu do odrzucenia protestu przez Zamawiającego Odwołujący wskazał, że powołanie się na art. 180 ust. 7 w zakresie stwierdzenia protestu jako niedopuszczalnego jest chybione, gdyż zgodnie z art. 181 ust. 5 ustawy Wykonawca jest związany zakresem zarzutów zawartych w proteście. Odwołujący w tym zakresie wskazał, że złożone przez niego protest i odwołanie dotyczy w szczególności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Budimex –Dromex i Sprint Sp. z o.o. oraz braku zastosowania przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 w stosunku do Odwołującego, czynności te zaś nie były przedmiotem złożonego przez konsorcjum Budimex –Dromex protestu.

Odwołujący wnosi o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum firm: BUDIMEX DROMEX S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Stawki 40 i Sprint Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie przy ul. Jagiellończyka 26,
- 2) dokonanie ponownej oceny oferty Odwołującego oraz oferty Konsorcjum firm: BUDIMEX DROMEX S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Stawki 40 i Sprint Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie przy ul. Jagiellończyka 26,
- 3) odrzucenie oferty Konsorcjum firm: BUDIMEX DROMEX S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Stawki 40 i Sprint Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie przy ul. Jagiellończyka 26, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

- 4) nakazanie Zamawiającemu do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy w stosunku do Odwołującego, celem uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie stawianego warunku w rozdziale IV pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia
- 5) unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego i unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 6) powtórzenie czynności wyboru ofert;
- 7) wybór oferty Protestującego jako oferty z najkorzystniejszą ceną,

**Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie, oraz po wysłuchaniu wyjaśnień pełnomocników stron złożonych na posiedzeniu ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 w związku z art.181 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą”.

Skład orzekający Izby ustalił, że w treści protestu z dnia 14 marca 2008 roku Konsorcjum Budimex- Dromex wskazało m.in. na wady w ofercie Odwołującego w postaci niespełnienia wymogów zawartych w SIWZ Rozdział IV ust. 5, nie posiadanie uprawnień do instalacji, uruchomienia i serwisowania urządzeń oferowanego systemu p.poż. Wykonawca Budimex – Dromex wskazał na następujące braki w ofercie Odwołującego:

1. certyfikat załączony (strona 23 oferty) pana Macieja Krajewskiego na system ppoż. Jest nieodpowiedni do zaprojektowanego systemu p.poż., system wszedł na rynek w 2005r. a szkolenie odbyło się w 2003r., w tym również nie upoważnia do instalacji, uruchomienia , serwisowania oferowanej centrali IQ8Control
2. zaświadczenie w/w jest wystawione tylko na osobę a nie na oferenta tj. nie upoważnia żadnej z firm wchodzących w konsorcjum do instalacji, uruchomienia i serwisowania urządzeń oferowanego systemu ppoż.
3. certyfikat (strona 23 oferty) nie jest wystawiony przez upoważnionego dystrybutora sprzętu (firmy: Nova lub po przekształceniu Honeywell),
4. certyfikat wystawiony przez firmę JANEX International (strona 28 oferty) jest nieprawomocny z uwagi na to, że firma JANEX nie ma uprawnień na wystawianie autoryzacji w zakresie systemu nagłaśniania Praesideo przez przedstawiciela producenta BOSCH na Polskę. Firma BOSCH nie potwierdza uzyskanie przez firmę DAMIR takiej autoryzacji.

Dodatkowo Wykonawca Budimex- Dromex podniósł, że oferta Odwołującego winna zostać odrzucona z uwagi na niespełnienie wymogów zawartych w SIWZ Rozdział VII z uwagi na fakt, że wadium złożone (strona 51) przez Konsorcjum WITKA- Skorłutowski jest obarczone wadą i jest nieważne. Ponadto wskazał na naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy w związku z art. 87 ust1 ustawy, bowiem w jego ocenie uzupełnienie oferty poprzez złożenie dodatkowych referencji stanowi niedopuszczalną zmianę treści oferty. Odwołujący złożył przystąpienie do postępowania protestacyjnego pismem z dnia 17 marca po stronie Zamawiającego, w którym wniósł o „odrzucenie protestu wniesionego przez Budimex – Dromex”.

Zamawiający pismem z dnia 20 marca 2008 roku poinformował o uwzględnieniu w całości zarzutów protestu.

Należy więc uznać, że Zamawiający informując o uwzględnieniu w całości zarzutów protestu z dnia 14 marca 2008 roku, uwzględnił wszystkie zawarte w nim zarzuty. W piśmie z dnia 20 marca 2008 roku uwzględnił protest „odnośnie niespełnienia warunków określonych w specyfikacji przez podmioty wyszczególnione w proteście”.

Informację tą wraz z pouczeniem o prawie do wniesienia odwołania na czynność uwzględnienia protestu Wykonawca otrzymał w dniu 20 marca 2008 roku.

W ocenie składu orzekającego Izby, Odwołujący - jako podmiot, który skutecznie przystąpił do postępowania protestacyjnego, nie zgadzając się z Zamawiającym winien wnieść odwołanie od uwzględnienia protestu przez Zamawiającego. Poza sporem jest okoliczność, że od uwzględnienia protestu Odwołujący nie wniósł odwołania. Odwołanie takie, jako uczestnik postępowania protestacyjnego winien złożyć w terminie 5 dni od dnia powzięcia informacji o uwzględnieniu w całości protestu tj. od dnia 20 marca 2008 roku.

Institucja przyłączenia się do postępowania protestacyjnego wywołuje daleko idące skutki prawne dla uczestników postępowania. Skutki te wyrażają się m.in. w treści art. 181 ust 6 i 7 ustawy, które określają że wykonawca wezwany do udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu nie może następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Ponadto z treści kolejnego przywołanego przepisu wynika, że wykonawca wezwany do udziału w postępowaniu ( tym bardziej wykonawca, który zgłosił przystąpienie) nie może następnie wnieść protestu, powołując się na te same okoliczności.

W ocenie składu orzekającego Izby w zakresie zarzutów dotyczących oferty Odwołującego należy uznać, że Zamawiający wykonał czynność odrzucenia jego oferty zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 14 marca 2008 roku, na który

nie została złożone odwołanie, zatem w tym zakresie ma zastosowanie przepis art. 187 ust. 4 pkt 6 w związku z art. 181 ust. 6 ustawy.

W ocenie składu orzekającego Izby, nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że nie mógł on wcześniej zgłosić zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy, bowiem wezwanie do uzupełnienia dotyczyłoby dokumentów, które były kwestionowane w treści protestu z dnia 14 marca 2008 roku.

W zakresie zarzutów zawartych w treści protestu i odwołania dotyczących wad oferty Budimex- Dromex skład orzekający Izby pozostawił je bez rozpoznania, bowiem Wykonawca Konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlane WITKA Krzysztof Krawczyk, Przedsiębiorstwo Budowlane „Skorłutowski” sp. jawna Jerzy i Ewa Skorłutowscy został prawomocnie wykluczony i odrzucony z postępowania, zatem nie ma interesu prawnego w kwestionowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Należy dodatkowo wskazać na tezę zawartą w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 roku (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. 183 Pzp a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym”.

Odmierna ocena byłaby niezgodna z treścią nowelizacji ustawy z dnia 7 kwietnia 2006 roku (Dz. U. z dnia 10 maja, nr 79, poz. 551), która wprowadziła koncentrację środków ochrony prawnej.

Za przyjęciem tej interpretacji przemawia również zasada szybkości i efektywności procedur odwoławczych ustanowiona w art. 1 dyrektywy Rady WE z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane 89/665/EWG oraz dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, co wprost wynika z punktu 34 preambuły i art. 1 aktu zmieniającego.



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy ~~wyrok~~/postanowienie\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*