

Sygn. akt: KIO/UZP 798/10

## POSTANOWIENIE

z dnia 13 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Anna Chudzik

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 13 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Intop Szczecin Sp. z o.o. ul. Wiosenna 6, Skarbimierzyce, 72-002 Dołuje k/Szczecina, Hydrogeobudowa Sp. z o.o., Intop Tarnobrzeg Sp. z o.o.** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Zachodniopomorskie Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie Al. Jana Pawła II 42, 70 - 415 Szczecin** protestu z dnia 16 kwietnia 2010 r.

przy udziale wykonawcy występującego wspólnie: **„PBI KORNAS” Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budowlano Inżynieryjne „KORNAS” Bogdan Kornas ul. Św. Wojciecha 10, 78-100 Kołobrzeg**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

**1. Odrzuca odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża konsorcjum: Intop Szczecin Sp. z o.o. ul. Wiosenna 6, Skarbimierzyce, 72-002 Dołuje k/Szczecina, Hydrogeobudowa Sp. z o.o., Intop Tarnobrzeg Sp. z o.o. i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4444 zł. 00 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy)** z kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego konsorcjum **Intop Szczecin Sp. z o.o. ul. Wiosenna 6, Skarbimierzyce, 72-002 Dołuje k/Szczecina, Hydrogeobudowa Sp. z o.o. , Intop Tarnobrzeg Sp. z o.o.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr. (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł. 00 gr. (słownie: XXX) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) 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 **Intop Szczecin Sp. z o.o. ul. Wiosenna 6, Skarbimierzyce, 72-002 Dołuje k/Szczecina, Hydrogeobudowa Sp. z o.o. , Intop Tarnobrzeg Sp. z o.o.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zabezpieczenie przeciwpowodziowe doliny rzeki Parsęty, poniżej m. Osówko w tym: Kołobrzegu, Karlina i Białogardu” (Dz. Urz. UE 2009/S 169-243635 z 3.09.2009 r.) prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, w dniu 16 kwietnia 2010 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez konsorcjum firm: Intop Szczecin Sp. z o.o., Hydrogeobudowa Sp. z o.o. , Intop Tarnobrzeg Sp. z o.o.

Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 7 kwietnia 2010 r. o wyborze oferty wykonawcy wspólnie ubiegającego się o zamówienie: PBI Kornas Sp. z o.o., Bogdana Kornas prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano Inżynieryjne „Kornas” z siedzibą w Kołobrzegu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu – Województwu Zachodniopomorskiemu, Zachodniopomorskiemu Zarządowi Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie 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, Nr 227, poz. 1505; z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241), dalej ustawy Pzp, tj.:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy: „PBI KORNAS” Sp. z o.o., Bogdan Kornas, mimo że nie spełnia on warunków udziału w zakresie wymaganego doświadczenia opisanego w ogłoszeniu, w specyfikacji istotnych warunków

zamówienia (SIWZ) oraz przez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy.

- 2) art. 38 ust. 4b ustawy Pzp, przez dokonanie zmiany sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu, wskutek uznania za budowlę hydrotechniczną budynku mieszkalnego Diva Spa w Kołobrzegu.
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 wskutek wyżej przywołanych naruszeń ustawy Pzp.

odwołujący żądał:

1. unieważnienia czynności wyboru kwestionowanej oferty,
2. powtórzenia czynności oceny ofert,
3. wykluczenia wykonawcy: „PBI KORNAS” Sp. z o.o., Bogdan Kornas i uznania jego oferty za odrzuconą,
4. dokonania wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutów protestu odwołujący podał, iż jak wynika z odtajnionych przez zamawiającego dokumentów złożonych przez wykonawcę „PBI KORNAS” Sp. z o.o., Bogdana Kornas prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano Inżynieryjne „Kornas” na formularzu załącznika 3 oraz referencji wystawionych przez wspólnotę mieszkaniową, podmiot ten wykazał się tytułem wymaganego doświadczenia określonego w pkt 5 SIWZ (roboty konstrukcyjne – budowlane o wartości minimum 20 000 000 zł.), prowadzonymi w latach 2006-2007) robotami przy ul. Kościuszki 16 w Kołobrzegu. Roboty te dotyczą zrealizowanej przez ten podmiot inwestycji polegającej na budowie obiektu mieszkalno - hotelowego, sanatoryjnego Diva Spa. W świetle przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. Nr 156, poz. 118 z 2006 r.) jest to typowy obiekt budowlany – budynek, a nie budowla czy obiekt hydrotechniczny - służący gospodarce wodnej, kształtowaniu zasobów wodnych: jak np. zapory ziemne i betonowe. Zgodnie z treścią ogłoszenia, zamawiający wymagał przedłożenia wykazu wykonanych robót dotyczących budowli lub obiektów hydrotechnicznych, lub obiektów melioracji wodnych, czy o podobnym charakterze. Postawione warunki były w ocenie odwołującego adekwatne do opisanego przedmiotu zamówienia. Wskazywał, iż elementy prac, składające się na przedmiot zamówienia, nie były realizowane przy budowie wskazanego obiektu mieszkalno - hotelowego, sanatoryjnego Diva Spa w Kołobrzegu. Odwołujący podważał również referencje wystawione przez wspólnotę mieszkaniową - zarządzającą danym obiektem, potwierdzające należyte wykonanie robót. Odwołujący wywodził, iż wykonawca wybrany nie posiada wymaganego doświadczenia przy realizacji robót proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia, odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Zaznaczał, iż wybór kwestionowanej oferty narusza

zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie odwołującego, zamawiający wybierając ofertę wykonawcy „PBI KORNAS” Sp. z o.o., Bogdana Kornas prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano Inżynieryjne „Kornas” odstąpił od wymagań jakie ustanowił w SIWZ i w ogłoszeniu.

Zamawiający w dniu 27 kwietnia 2010 r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu protestu. Przyjął, iż w świetle postawionych wymagań SIWZ wybrany wykonawca spełnił warunki udziału w zakresie doświadczenia zawodowego.

W odwołaniu wniesionym w dniu 4 maja 2010 r. odwołujący potrzymał zarzuty oraz żądania nakazania zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru kwestionowanej oferty,
2. powtórzenia czynności oceny ofert,
3. wykluczenia wykonawcy: „PBI KORNAS” Sp. z o.o., Bogdan Kornas i uznania jego oferty za odrzuconą,
4. dokonania wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu, odwołujący ponowił argumentację podnoszoną w proteście. Odnosząc się do rozstrzygnięcia, podał, że zamawiający w SIWZ posłużył się pojęciami niespójnymi z nomenklaturą normatywną odnoszącą się do obiektów hydrotechnicznych i melioracji wodnych. W przekonaniu odwołującego, tylko odniesienie robót referencyjnych do definicji ustawowych w zakresie ww. obiektów pozwoli na prawidłowe i zgodne z oczekiwaniami zamawiającego wybranie wykonawcy i wykonanie zamówienia. Wobec braku merytorycznego ustosunkowania się przez zamawiającego do całości podnoszonych zarzutów, odwołujący podtrzymał swoje twierdzenia zawarte w proteście.

Izba na posiedzeniu dopuściła i przeprowadziła dowód z akt sprawy: KIO/UZP 1864/09, KIO/UZP 1868/09, KIO/UZP 60/10.

Izba ustaliła, iż w wyniku rozstrzygnięcia protestu odwołującego z dnia 20 listopada 2009 r. złożonego w tym postępowaniu, zamawiający dokonał czynności odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji w ofercie wykonawcy wspólnie ubiegającego się o zamówienie „PBI KORNAS” Sp. z o.o., Bogdana Kornas dotyczących załącznika nr 3, w tym wykazu doświadczenia zawodowego. W dniu 14 grudnia 2009 r. odwołujący wniósł protest na czynność wyboru oferty tego wykonawcy, o której to czynności zamawiającego uczestnicy postępowania zostali powiadomieni pismem z dnia 2 grudnia 2009 r. W treści

wymienionego protestu, odwołujący podnosił identyczne zarzuty i żądania dotyczące naruszenia przez zamawiającego :

- 4) art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy: „PBI KORNAS” Sp. z o.o., Bogdan Kornas, mimo że nie spełnia on warunków udziału w zakresie wymaganego doświadczenia opisanego w ogłoszeniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), oraz przez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy,
- 5) art. 38 ust. 4b ustawy Pzp, przez dokonanie zmiany sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu, wskutek uznania za budowlę hydrotechniczną budynku mieszkalnego Diva Spa w Kołobrzegu,
- 6) art. 7 ust. 1 i 3 wskutek wyżej przywołanych naruszeń ustawy Pzp.

wnosząc:

1. o unieważnienie czynności wyboru kwestionowanej oferty,
2. powtórzenie czynności oceny ofert,
3. wykluczenie wykonawcy: „PBI KORNAS” Sp. z o.o., Bogdan Kornas i uznania jego oferty za odrzuconą,
4. dokonanie wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutów poprzedniego protestu, odwołujący przytoczył taką samą argumentację, sprowadzającą się do podania, iż wybrany wykonawca nie legitymuje się wymaganym doświadczeniem, bowiem w wykazie swojego doświadczenia zawodowego opisanym w pkt 5 SIWZ – ujął roboty konstrukcyjno – budowlane o wartości minimum 20 000 000 zł. prowadzone w latach 2006-2007 przy ul. Kościuszki 16 w Kołobrzegu. Wskazał, iż roboty te dotyczą wykonanej przez ten podmiot inwestycji polegającej na budowie obiektu mieszkalno - hotelowego, sanatoryjnego Diva Spa. W świetle przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane Dz. U. Nr 156, poz. 118 z 2006 r.) jest to typowy obiekt budowlany – budynek, a nie budowla czy obiekt hydrotechniczny - służący gospodarce wodnej.

Protest odwołującego z dnia 16 kwietnia 2010 r., jak i protest z dnia 14 grudnia 2009 r. zawiera zatem identyczne zarzuty i niemal taką samą treść uzasadnienia. Zamawiający nie dokonał rozstrzygnięcia przedmiotowego (poprzedniego) protestu.

W odwołaniu wniesionym w dniu 11 stycznia 2010 r. odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania zawarte w proteście z dnia 14 grudnia 2009 r. na wybór oferty wykonawcy: PBI Kornas Sp. z o.o., Bogdan Kornas, dokonany w dniu 2 grudnia 2009r. Pismem z dnia 12 stycznia 2010 r., skierowanym do Krajowej Izby Odwoławczej, w sprawie sygn. akt KIO/UZP 60/10, zamawiający powiadomił, iż w dniu 4 stycznia 2010 r. minął ustawowy termin określony art. 184 ust. 2 ustawy Pzp,

na wniesienie odwołania na oddalenie protestu w trybie art. 183 ust. 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 16 lutego 2010 r. odwołujący cofnął odwołanie, w wyniku czego postępowanie w sprawie sygn. akt KIO/UZP 60/10 zostało umorzone postanowieniem Izby z dnia 23 lutego 2010 r. W uzasadnieniu cofnięcia odwołania, odwołujący podał, iż stało się ono bezprzedmiotowe wobec wydania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2010 r. W sprawach KIO/UZP 1864/09 i KIO/UZP 1868/09, w którym nakazano zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, (według stanu prawnego, mającego zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu), 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.

Okoliczność bezsporną stanowi fakt, iż odwołujący zapoznał się z odtajnionymi przez zamawiającego dokumentami wykazu doświadczenia zawodowego wykonawcy wspólnie ubiegającego się o zamówienie; „PBI KORNAS” Sp. z o.o., Bogdana Kornas (zał. 3 do oferty), skoro pismem z 14 grudnia 2009r. wniósł protest na czynność wyboru tej oferty, dokonaną w dniu 2 grudnia 2009 r., kwestionując podaną w wymienionym wykazie robotę budowlaną polegającą na zrealizowaniu wskazanego obiektu mieszkalno - hotelowego, sanatoryjnego Diva Spa w Kołobrzegu przy ul. Kościuszki 16.

Zdaniem Izby, zasada koncentracji środków ochrony prawnej wymaga, aby wszelkie możliwe do ustalenia zarzuty, dotyczące czynności zamawiającego bądź zaniechania prawem nakazanych czynności były podnoszone przy pierwszym wyborze oferty, nawet jeżeli czynność taka jest powtarzana wskutek ostatecznego rozstrzygnięcia wnoszonych protestów. Należy też przypomnieć, iż ponowna ocena ofert dokonana przez zamawiającego w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia pierwszego wniesionego protestu (na wybór oferty z dnia 12 listopada 2009 r.) w tym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO/UZP 1864/09 i KIO/UZP 1868/09, nie spowodowała przywrócenia terminu na ewentualne zaniechanie zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty konsorcjum: „PBI KORNAS” Sp. z o.o., Bogdana Kornas, o którym odwołujący powziął lub mógł powziąć wiadomość już po uprzednim wyborze oferty najkorzystniejszej i odtajnieniu dokumentów wykazu robót, co miało miejsce bezpośrednio po drugim wyborze tej oferty w dniu 2 grudnia 2009 r. Ustawodawca po to podniósł do rangi zasady – koncentrację wnoszenia i

rozpatrywania środków ochrony prawnej, aby od razu (po pierwszym wyborze) kwestionowane były wszelkie możliwe do ustalenia usterki ofert, a wszystkie zarzuty rozpatrywane w jednym terminie (wyrok KIO/UZP 1434/08, KIO/UZP/1451/08). Dzień poinformowania wszystkich uczestników przetargu o dokonanej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej, jest dniem od którego należy liczyć termin na wniesienie protestu nie tylko na wybór oferty najkorzystniejszej, ale także na zaniechanie przez zamawiającego dokonania czynności, do której był zobowiązany, tj. np. zaniechanie wykluczenia wykonawców, czy odrzucenia ich ofert (postanowienie KIO/UZP 1041/08).

Złożenie protestu na ponowny wybór tej samej oferty w dniu 7 kwietnia 2010 r. jest zatem spóźnione, skoro te same zarzuty mogły być i były podnoszone wobec wyboru przedmiotowej oferty, dokonanego w dniu 2 grudnia 2009 r. Bez znaczenia jest, iż w proteście, od którego rozstrzygnięcia rozpatrywane jest niniejsze odwołanie, odwołujący podnosił jeszcze inną okoliczność, iż przedstawione referencje wystawione zostały przed podmiot nieuprawniony, tj. przez wspólnotę mieszkaniową. Podstawową bowiem kwestią jest zarzut, iż wybrany wykonawca nie posiada dostatecznego doświadczenia w zakresie realizacji inwestycji hydrotechnicznych, do jakich w ocenie odwołującego, sprowadza się przedmiot zamówienia opisany w SIWZ. Wykazany obiekt mieszkalno - hotelowo, sanatoryjny Diva Spa w Kołobrzegu, według odwołującego, nie odpowiada swoim rodzajem robotom budowlanym, stanowiącym przedmiot zamówienia, co stanowi istotę zarzutu wobec wybranego wykonawcy. Z tych względów referencje, co do zasady potwierdzające jedynie należyte wykonanie robót ujętych w wykazie doświadczenia zawodowego wykonawcy, zdaniem Izby, mają charakter wtórny i nie stanowią żadnej nowej okoliczności, w odniesieniu do spóźnionego zarzutu protestu - braku wykazania przez wybranego wykonawcę wymaganego doświadczenia zawodowego i zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: PBI „KORNAS” Sp. z o.o., Bogdana Kornas z postępowania oraz zaniechania odrzucenia złożonej oferty.

Izba ponadto podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego, iż wobec oddalenia protestu odwołującego z dnia 14 grudnia 2009 r. poprzez brak jego rozstrzygnięcia w ustawowym terminie, wynoszącym 10 dni od upływu terminu na wniesienie protestów jak stanowi art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie z dnia 11 stycznia 2010 r., zostało wniesione z uchybieniem terminu. Ponadto odwołanie to nie odniosło żadnego skutku, skoro zostało wycofane w dniu 16 lutego 2010 r. Z tego względu rozstrzygnięcie protestu w trybie art. 183 ust. 3 ustawy Pzp nabrało charakteru ostatecznego, zgodnie z art. 182 ust. 2 ustawy Pzp. Z ustalonego

przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia wynika, iż odwołujący wiedzę o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia przedmiotowego protestu mógł poznać i poznał najpóźniej z datą zapoznania się z odtajnioną ofertą przystępującego, co miało miejsce po wyborze oferty w dniu 2 grudnia 2009 r., skoro w tym czasie zdołał wnieść protest podnosząc w zasadniczej sferze, mającej wpływ na wybór oferty przystępującego tożsame zarzuty i żądania, jak w proteście z 16 kwietnia 2010 r. Zatem wniesienie protestu w dniu 16 kwietnia 2010 r. należy uznać za spóźnione, a nadto niedopuszczalne w świetle art. 181 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 180 ust. 7 tej ustawy. Skoro zamawiający dokonał czynności wyboru oferty zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia poprzedniego protestu, kolejny protest odwołującego podlegał odrzuceniu, jak stanowi art. 180 ust. 7 ustawy Pzp.

Podnoszone dodatkowe argumenty, iż sposób oceny doświadczenia zawodowego wykonawcy, jaki zastosował zamawiający, odbiega od ustawowych definicji robót związanych z budowlami i obiektami hydrotechnicznymi, czy powoływanie się na złożone przez przystępującego wyjaśnienia, zdaniem Izby, nie wprowadza żadnych nowych okoliczności, ale sprowadza się do kwestionowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do ustalonego sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co również jest zabiegiem spóźnionym, biorąc pod uwagę datę udostępnienia SIWZ wykonawcom zainteresowanym udziałem w przedmiotowym postępowaniu.

Stwierdzenie, że protest został wniesiony z uchybieniem terminu określonego w ustawie, a ponadto na czynności dokonane zgodnie z rozstrzygnięciem poprzednio wniesionego protestu przez tego samego odwołującego, podnoszącego te same zarzuty, obligowało Izbę do odrzucenia odwołania zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 4, pkt 6 ustawy Pzp.

O odrzuceniu odwołania Izba orzekła postanowieniem zgodnie z 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 **Szczecinie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*