

Sygn. akt KIO/UZP 789/09

Sygn. akt KIO/UZP 806/09

POSTANOWIENIE
z dnia 7 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Izabela Kuciak

Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 07.07.2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **26 czerwca 2009 roku** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. Warbud S.A., 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a (sygnatura akt KIO/UZP 789/09);

B. Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A (sygnatura akt KIO/UZP 806/09)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Instytut Gruźlicy i Chorób Płuc, 01-138 Warszawa, ul. Płocka 26** protestu **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a** z dnia **5 czerwca 2009 r.**;

przy udziale **Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze KIO/UZP 789/09 po stronie odwołującego,

przy udziale **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze KIO/UZP 806/09 po stronie odwołującego.

orzeka:

1 Odrzuca oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołujących się i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A. koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a,**
 - B. koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr. (słownie: xxx) przez **xxx** na rzecz xxx w tym:
 - A. 00 zł 00 gr (słownie: xxx) na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx
 - B. 00 zł 00 gr (słownie: xxx) na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty stron poniesione z tytułu xxx
- 3) dokonać zwrotu kwoty **35 426 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A. kwoty **17 713 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a,**

- B. kwoty **17 713 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *wykonanie robót budowlanych wykończeniowych budynku wraz z infrastrukturą techniczną zagospodarowania obiektu i sieciami zewnętrznymi, niezbędnym wyposażeniem eksploatacyjno technicznym (bez wyposażenia medycznego i meblowego) w ramach realizacji zadania inwestycyjnego pn. Budowa bloku operacyjnego wraz ze sterylizacją i oddziałem intensywnej terapii oraz kliniki szybkiej diagnostyki w Instytucie Gruźlicy i Chorób Płuc w Warszawie* (numer referencyjny 52/rb/09), ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 maja 2009 roku, 2009/S 87-125398.

Zamawiający na skutek częściowego uwzględnienia protestu z dnia 18 maja 2009 roku wniesionego przez Warbud S.A na zapisy siwz, w dniu 26 maja 2009 roku dokonał modyfikacji postanowień specyfikacji, w tym między innymi Pkt V.12, który otrzymał brzmienie: „Wykonawca instalacji przeciwpożarowej musi posiadać uprawnienia wynikające z ustawy Prawo atomowe, które określa działalności związane z narażeniem na promieniowanie jonizujące, które wymagają zezwolenia lub zgłoszenia, a m.in. produkowanie, instalowanie, stosowanie i obsługę urządzeń zawierających źródła promieniotwórcze oraz obrót tymi urządzeniami podlega temu wymogowi. Dlatego ta część robót budowlanych została zastrzeżona dla posiadających właściwe zezwolenie prezesa Państwowej Agencji Atomistyki”. Analogiczny zapis został wprowadzony również w Pkt VI.4.2 siwz. Wobec wskazanej modyfikacji treści specyfikacji w dniu 5 czerwca 2009 roku został wniesiony, ponownie przez Warbud S.A protest, do którego w dniu 8 czerwca 2009 roku przystąpił wykonawca Mostostal Warszawa S.A oraz konsorcjum firm: HOCHTIEF Polska Sp. z o.o. i HOCHTIEF Construction AG.

W proteście zarzucono, iż wprowadzone dodatkowo żądanie, narusza art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 25 Pzp oraz normy Dyrektywy 2004/18/WE, gdyż jest ono niewspółmierne do przedmiotu zamówienia, bowiem zakres świadczeń w ramach zamówienia nie obejmuje działalności narażającej na promieniowanie jonizujące. Jedynym świadczeniem, które mogłoby się wiązać z rzeczonym promieniowaniem jonizującym, jest w ocenie

protestującego dostawa i montaż czujek przeciwpożarowych. Jednak wskazane w projekcie rodzaje czujek nie zawierają izotopów czy innych substancji promieniotwórczych czujek (czujki optyczne). Nie zawierają one źródeł promieniowania, jak ma to miejsce w przypadku jonizacyjnych czujek dymu, w których detekcja oparta jest na stosowaniu pierwiastków promieniotwórczych (POLON lub AMERYK), gdyż ich funkcjonowanie oparte jest na optyczno-termicznej detekcji pożaru. Na tej podstawie protestujący wniósł o usunięcie zmodyfikowanego warunku, jako sprzecznego z art. 25 ust. 1 ustawy.

Zamawiający rozstrzygnął protest w piśmie z dnia 9 czerwca 2009 roku oddalając go w całości jako bezzasadny. W uzasadnieniu swojego stanowiska zamawiający wskazał, iż wykonawca podnosi w proteście te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez zamawiającego w piśmie z dnia 26 maja 2009 roku., od którego wykonawca się nie odwoływał. Zamawiający oddalił żądanie wykonawcy, gdyż jego działania zmierzają do bezcelowego przedłużania postępowania, lub jego unieważnienia. Zamawiający nie podzielił stanowiska protestującego, jakoby posiadał on interes prawny w dążeniu do uniemożliwienia zamawiającemu przeprowadzenia przetargu. Zamawiający powołał się na szereg orzeczeń Zespołów Arbitrów, w celu wykazania, iż nie naruszył on żadnej zasady prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne oraz żadnego przepisu ustawy. W jego ocenie warunki udziału w postępowaniu są adekwatne do przedmiotu zamówienia i czasu jego realizacji, a wykonawca może złożyć wspólną ofertę z innym wykonawcą, jeżeli nie może im samodzielnie sprostać.

Wobec takiego rozstrzygnięcia protestu odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wnieśli dwaj wykonawcy, tj. Warbud S.A i Mostostal Warszawa S.A., odpowiednio w dniach: 15 i 16 czerwca 2009 roku, przekazując jednocześnie ich treść zamawiającemu.

W odwołaniu Warbud S.A. podtrzymał i ponowił zarzuty podniesione w proteście, w szczególności naruszenia art. 7 ust.1, art. 22 ust. 2, art. 25 ustawy Pzp oraz norm Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady Europy z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. W odwołaniu powtórzono żądanie wykreślenia z treści siwz pkt V.12.

W uzasadnieniu, odwołujący powołał się na sposób rozstrzygnięcia przez zamawiającego protestu z dnia 18 maja 2009r., gdzie zamawiający zgodził się z argumentacją, iż w obrocie prawnym nie występują jednolite uprawnienia do „*montażu i uruchomienia elementów systemu przeciwpożarowego*”, których zamawiający żądał w pierwotnym zapisie pkt V.12 siwz. Uprawnienia takie przysługują rzeczoznawcom ds. zabezpieczeń p.poż. oraz

Państwowej Straży Pożarnej i dotyczą procesu przygotowania projektu i oddania obiektu do użytkowania. Wprowadzone żądanie posiadania uprawnień wynikających z ustawy Prawo atomowe jest w ocenie odwołującego niewspółmierne, gdyż nadal przedmiot zamówienia nie uległ zmianie przez wprowadzenie robót, dla których wykonania wymagane byłyby uprawnienia wydane przez Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki. W wyniku modyfikacji wprowadzony został nowy warunek, który nie wynikał z poprzedniego brzmienia pkt V.12, a zatem wykonawca prawidłowo wniósł protest, którego zamawiający nie odrzucił, a w wyniku jego rozstrzygnięcia, wniósł odwołanie.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpili wykonawcy: Mostostal Warszawa S.A (26.06.2009) oraz konsorcjum firm: HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., HOCHTIEF Construction AG (25.06.2009r.)

W odwołaniu Mostostal Warszawa S.A. powtórzył zarzuty i żądania podniesione przez Warbud S.A, wnosząc dodatkowo o przedłużenia terminu składania ofert w związku z istotną zmianą treści ogłoszenia i siwz. Odwołujący zgłosił ewentualne żądanie nakazania zamawiającemu unieważnienie postępowania w przypadku nieuwzględnienia zarzutów zawartych w odwołaniu na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy, jako obciążonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w postępowaniu.

W uzasadnieniu, wykonawca wskazał, iż wniesiony protest dotyczy nowej czynności zamawiającego, polegającej na zmianie warunku udziału w postępowaniu przez wprowadzenie dodatkowego wymogu posiadania zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki, ograniczającego zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwą konkurencję oraz naruszającego zasadę określoną w art. 25 ustawy pzp.

W dalszej części, odwołujący wyjaśnił, iż zamawiający dokonując w dniu 26 maja 2009 roku rozstrzygnięcia protestu, w odniesieniu do pkt V.12 siwz podał jego aktualne brzmienie i jednocześnie treść zmiany zawarł w oddzielnym piśmie, a publikacja zmiany treści ogłoszenia nastąpiła w dniu 28.05.2009 r.

Odwołujący powtórzył pogląd, iż wskazana zmiana ogranicza dostępność zamówienia, a do jego zrealizowania wystarczające jest zapewnienie urządzeń niewytwarzających promieniowania jonizującego. A zatem w tych okolicznościach żądanie ww. zezwolenia stanowi nadużycie ze strony zamawiającego i narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, określone w art. 7 oraz art. 25 ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił Warbud S.A. (25.06.2009 r.).

W toku posiedzenia niejawnego prowadzonego z udziałem stron, skład orzekający postanowił nie dopuścić do udziału w charakterze przystępującego do postępowania

odwoławczego o sygn. 789/09 konsorcjum firm: HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., HOCHTIEF Construction AG, uznając, iż osoba która złożyła oświadczenie w imieniu konsorcjum o przystąpieniu do postępowania toczącego się na skutek protestu Warbud S.A. z 5.06.2009 r. działała bez umocowania członków konsorcjum.

W dalszej kolejności, w tak potwierdzonym stanie faktycznym, skład orzekający Izby stwierdził, iż zachodzi przesłanka z art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą pzp, skutkująca odrzuceniem obu wniesionych odwołań na posiedzeniu. Zgodnie z powołanym przepisem, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie, wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3, dotyczy czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Oba odwołania, wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest – Warbud S.A. oraz wykonawcę wezwanego do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu z dnia 5 czerwca 2009 roku – Mostostal Warszawa S.A., dotyczą czynności zamawiającego z dnia 26 maja 2009 roku, tj. zmiany zapisu punktu V.12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zmiana kwestionowanego punktu V.12 siwz, wynikała bezpośrednio z rozstrzygnięcia przez zamawiającego protestu Warbud S.A. z dnia 18 maja 2009 roku, w którym zakwestionowano pierwotne brzmienie wspomnianego punktu siwz, zbyt ogólnego. Zamawiający uwzględniając w tym zakresie protest wykonawcy, w jego rozstrzygnięciu z dnia 26 maja 2009 roku wskazał, iż „Zamawiający zmienia zapis pkt V.12 siwz tj. „Wykonawca instalacji przeciwpożarowej musi posiadać uprawnienia do montażu i uruchomienia elementów systemu przeciwpożarowego” na następujący: „Wykonawca instalacji przeciwpożarowej musi posiadać uprawnienia wynikające z ustawy Prawo atomowe, które określa działalności związane z narażeniem na promieniowanie jonizujące, które wymagają zezwolenia lub zgłoszenia, a m.in. produkowanie, instalowanie, stosowanie i obsługę urządzeń zawierających źródła promieniotwórcze oraz obrót tymi urządzeniami podlega temu wymogowi. Dlatego ta część robót budowlanych została zastrzeżona dla posiadających właściwe zezwolenie prezesa Państwowej Agencji Atomistyki”. Zamawiający w końcowej treści uzasadnienia wskazał, iż dokona zmiany zapisów ogłoszenia i siwz i spełni żądanie Protestującego w części protestu uznanej za zasadną. Następnie zamawiający zamieścił na stronie internetowej informację z dnia 26 maja 2009 r. o zmianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym o nadaniu nowego brzmienia pkt V.12 siwz.

Wobec takiego rozstrzygnięcia protestu Protestujący – Warbud S.A. nie wniósł odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, natomiast oprotestował nową

czynność zamawiającego, tj. czynność modyfikacji treści punktu V.12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a do postępowania protestacyjnego przystąpił wykonawca Mostostal Warszawa S.A. Dopiero na skutek oddalenia protestu z dnia 5 czerwca 2009 roku, obaj wykonawcy wnieśli odwołania.

W tych okolicznościach Izba uznała, iż oba odwołania dotyczą czynności zamawiającego – modyfikacji zapisu punktu V.12 siwz, dokonanej zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu Warbud S.A. z dnia 18 maja 2009 roku. Zamawiający w piśmie z dnia 26 maja 2009 roku uwzględniając protest Warbud S.A. w części dotyczącej pierwotnego brzmienia pkt V.12, wskazał nową treść zapisu, wprowadzoną w trybie modyfikacji treści siwz w tym samym dniu. Wnoszący protest Warbud S.A. nie odwoływał się od takiego rozstrzygnięcia protestu w pkt V.12, chociaż, jak oświadczył w trakcie posiedzenia, nie było ono zgodne z jego żądaniem usunięcia kwestionowanego warunku. Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp., nie wniesienie odwołania od wskazanego rozstrzygnięcia protestu, oznaczało, iż protest został ostatecznie rozstrzygnięty z upływem terminu na wniesienie odwołania, tj. 5 czerwca 2009r. Treść modyfikacji sprowadzała się do wskazania nowego brzmienia warunku w sposób określony przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu. Obaj odwołujący na posiedzeniu nie kwestionowali okoliczności, iż w rozstrzygnięciu protestu zamawiający wskazał w jaki sposób dokona zmiany pkt V.12 siwz, natomiast zgodnie wskazywali na nową czynność zamawiającego, od której protest w dniu 5 czerwca 2009 roku wniósł Warbud S.A. Izba nie kwestionuje tego, że protest, a następnie odwołania dotyczą nowej czynności zamawiającego polegającej na zmianie zapisu specyfikacji, natomiast wskazuje, iż czynność ta dokonana została zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, co stanowi przesłankę do odrzucenia obu odwołań na posiedzeniu, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy pzp. Podnoszona przez wykonawców okoliczność, iż zamawiający nie odrzucił protestu na podstawie art. 181 ust. 6 ustawy pzp, jako niedopuszczalnego, pozostaje bez znaczenia dla oceny dopuszczalności wnoszonych środków ochrony prawnej na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w dniu 26 maja 2009 roku.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*