

POSTANOWIENIE
z dnia 21 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Rakowska**

Członkowie: **Małgorzata Stręciwilk**
Stanisław Sadowy

Protokolant: **Natalia Mierzicka**

po rozpoznaniu na posiedzeniu / ~~rozprawie~~^{*} w dniu / w ~~dniach~~^{*} 21.02.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A., Plac Starynkiewicza 5, Warszawa** protestu/~~protestów~~[†] z dnia 14.01.2008 r.

przy udziale **ECM Group Polska Sp. z o.o., Budownictwo Drogowe ALTKOM Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 44, Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego xxx - po stronie zamawiającego^{*}.

orzeka:

1. odrzuca odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, Poznań** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, Poznań**

- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez **xxx** na rzecz **xxx** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa prawnego
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15.936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, Poznań**

U z a s a d n i e

Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej na posiedzeniu niejawnym, z udziałem stron, po zapoznaniu się z ich stanowiskami oraz oryginalną dokumentacją przetargową Zamawiającego ustalił, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) zwaną dalej „ustawą Pzp”, gdyż protest poprzedzający odwołanie został wniesiony po terminie.

Zamawiający pismem z dnia 19 listopada 2007r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykluczeniu oraz odrzuceniu ofert wskazanych w piśmie wykonawców, w tym o wykluczeniu oferty Konsorcjum firm: ECM Group Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ALTKOM Budownictwo Drogowe Sp. z o.o. z siedzibą w Doniecku., zwanym dalej „ECM ALTKOM” jako podstawę wykluczenia, wskazując jedynie nie wniesienie wadium w celu zabezpieczenia umowy. Na przedmiotową czynność w dniu 26 listopada 2007r. protest złożyło „ECM ALTKOM”.

W dniu 3 grudnia 2007r. Odwołujący przystąpił do przedmiotowego protestu po stronie Zamawiającego, a w dniu 21 grudnia 2007r. do postępowania odwoławczego.

W wyniku przeprowadzonego postępowania odwoławczego czynność wykluczenia „ECM ALTKOM” została unieważniona, a Zamawiający w wyniku ponownego badania i oceny ofert w dniu 11 stycznia 2008r. wybrał jako najkorzystniejszą ofertę „ECM ALTKOM”. Czynność tę oraz czynność zaniechania wykluczenia tego Wykonawcy z udziału w postępowaniu o zamówienie i zaniechania odrzucenia jego oferty oprotestował w dniu 14 stycznia 2008r. Odwołujący

W związku z powyższym należy wskazać, iż protest – zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp - wnosi się na określone działanie lub zaniechanie Zamawiającego w terminie 7

dni od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący już w dniu 19 listopada 2007r. powziął wiadomość o wykluczeniu z postępowania „ECM ALTKOM”. Dlatego też, o ile były mu znane inne okoliczności wykluczenia Wykonawcy lub też jeżeli co najmniej mógł powziąć wiadomość o takich okolicznościach, a w ocenie Izby taka sytuacja miała miejsce - powinien był złożyć protest na zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy na podstawie tych innych okoliczności. W tej dacie (19 listopada 2007r.) Odwołujący mógł się bowiem zapoznać z ofertą „ECM ALTKOM” i skutecznie ją oprotestować, wskazując wszystkie znane Odwołującemu okoliczności decydujące o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu. Skoro jednak Odwołujący w terminie 7 dni od dnia, w którym faktycznie mógł powziąć informację o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia samodzielnie nie skorzystał z tego prawa, to utracił prawo do jego wniesienia, na późniejszym etapie postępowania. Pozbawił się w ten sposób możliwości wnoszenia środków odwoławczych w tym postępowaniu dotyczących określonych czynności. Tak więc Odwołujący nie może już skutecznie, ze względów formalnych, dochodzić wykluczenia „ECM ALTKOM” z przedmiotowego postępowania. Odwołujący nie wnosząc protestu powinien był liczyć się z tym, iż ewentualne uwzględnienie protestu, czy też odwołania „ECM ALTKOM”, może spowodować, iż wykluczony wcześniej wykonawca wróci do postępowania przetargowego, a jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący w dniu 28 listopada 2007r. wniósł protest, jednak podniósł w nim jedynie zarzuty dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej, pomijając zupełnie, obecnie zgłaszane, zarzuty i żądania dotyczące wykluczenia „ECM ALTKOM”

Odwołujący przystąpił także po stronie Zamawiającego do postępowania protestacyjnego na skutek protestu wniesionego przez „ECM ALTKOM”, nie mniej jednak nie mógł – zgodnie z art. 181 ust. 5 ustawy Pzp – zgłosić nowych zarzutów stanowiących podstawę wykluczenia oferty. W ocenie Izby Odwołujący miał jednak prawo do złożenia samodzielnie protestu na zaniechanie zamawiającego polegające na niewykluczeniu „ECM ALTKOM” z postępowania na podstawie wszystkich przesłanek.

Stosownie bowiem do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może korzystać ze środków ochrony prawnej jeżeli jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub **może** doznać uszczerbku. W świetle wskazanej regulacji Odwołujący mógł i powinien był przewidywać ewentualne przywrócenie do udziału w postępowaniu wykluczonego wykonawcy. Na takie rozumienie przepisu wskazują regulacje ustawy w zakresie środków ochrony prawnej wprowadzone nowelizacją przepisów z kwietnia 2006 r. przewidujące kumulację użycia środków ochrony prawnej w zakresie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ewentualnych wykluczeń bądź zaniechań tych czynności

zamawiającego, czy też podstaw do odrzucenia oferty. Powyższe miało zapobiec przewlekłości postępowania, jak również doprowadzić do sytuacji, w której wykonawcy nie wnosiliby protestów w stosunku do wykonawców, których oferta jest uznana za najkorzystniejszą, na skutek ponownego dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Podobne stanowisko w sprawie zostało wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17 lipca 2006 r. w sprawie sygn. akt V Ca 382/06: „(...) dokonując oceny ofert Zamawiający winien wskazać wszystkie ewentualne uchybienia i nie może ograniczać się tylko do niektórych wybranych przez siebie. Realizując postanowienia art. 89 ust. 2 Prawa Zamówień Publicznych podał uzasadnienie faktyczne i prawne decyzji o odrzuceniu oferty konsorcjum. Jeśli zdaniem (...) istniały inne przesłanki niż wskazane w piśmie (...) uzasadniające bądź wykluczenie tego oferenta z postępowania bądź odrzucenie jego oferty winna złożyć protest na zaniechanie dokonania tych czynności przez zamawiającego”.

Uwzględniając powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy – zgodnie z treścią 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 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) 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*