

Sygn. akt KIO/UZP 873/09

## POSTANOWIENIE

z dnia 23 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Marek Koleśnikow

Izabela Kuciak

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 21 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Porr (Polska) S.A. ul. Wybrzeże Gdyńskie 6A, 01-531 Warszawa i Porr Projekt und Hochbau AG Absberggasse 47, 1103 Wiedeń (Austria)** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Port Lotniczy Łódź im. Władysława Reymonta Sp. z o.o. ul. Generała S. Maczka 35, 94-238 Łódź**, protestu z dnia 10 maja 2009 r.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **HOCHTIEF Polska Sp. z o.o. ul. Elbląska 14, 01-737 Warszawa, WARBUD S.A. Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa, HOCHTIEF Construction AG Opernplatz 2, 45128 Essen (Niemcy)** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Porr (Polska) S.A. ul. Wybrzeże Gdyńskie 6A, 01-531 Warszawa i Porr Projekt und Hochbau AG Absberggasse 47, 1103 Wiedeń (Austria) 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 wpisu uiszczzonego przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Porr (Polska) S.A. ul. Wybrzeże Gdyńskie 6A, 01-531 Warszawa i Porr Projekt und Hochbau AG Absberggasse 47, 1103 Wiedeń (Austria),****
- 2) dokonać zwrotu kwoty 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Porr (Polska) S.A. ul. Wybrzeże Gdyńskie 6A, 01-531 Warszawa i Porr Projekt und Hochbau AG Absberggasse 47, 1103 Wiedeń (Austria).****

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

Zamawiający, Port Lotniczy Łódź im. Władysława Reymonta Sp. z o.o., działając poprzez pełnomocnika, Konsorcjum Tebodin SAP–Projekt Sp z o.o. i Project Management Intertecno Sp. z o.o., ul. Rakowiecka 36, 02-532 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia na wybór Generalnego Wykonawcy inwestycji pn. Budowa Terminala Pasażerskiego nr 3 Międzynarodowego Portu Lotniczego Łódź im. Władysława Reymonta w zakresie zadania nr 3 określonego w zatwierdzonym projekcie budowlanym.

W dniu 19.05.2009 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez odwołującego.

W dniu 29.05.2009 r. decyzję tę oprotestowali wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., Warbud S.A. i HOCHTIEF Construction AG, domagając się powtórzenia oceny ofert, odrzucenia oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ze względu na jej niezgodność z treścią siwz w zakresie wskazanych pozycji kosztorysowych oraz dokonania wyboru oferty protestującego.

W dniu 01.06.2009 r. odwołujący przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia ww protestu.

W dniu 03.06.2009 zamawiający rozstrzygnął protest uwzględniając go w całości oraz tego samego dnia dokonał ponownej oceny ofert, odrzucając ofertę pierwotnie wybraną i wskazując jako najkorzystniejszą ofertę protestującego.

W dniu 10.06.2009 r. Konsorcjum PORR (Polska) S.A. i PORR Projekt Hochbau AG wniosło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu.

W dniu 07.07.2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła ww. odwołanie na podstawie art. 187 ust 4 pkt 7 ustawy (sygn. akt KIO/UZP 796/09).

W dniu 10.06.2009 r. Konsorcjum PORR (Polska) S.A. i PORR Projekt Hochbau AG, obok odwołania od rozstrzygnięcia protestu Konsorcjum HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., Warbud S.A. i HOCHTIEF Construction AG, wniosło protest na czynność ponownej oceny ofert dokonanej w wyniku uwzględnienia poprzedniego protestu. Protest przede wszystkim koncentrował się na zarzutach i argumentach dotyczących nieprawidłowego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w stosunku do oferty protestującego, podnosił jednak również formalną nieprawidłowość czynności ponownej oceny ofert i odrzucenia jego oferty w świetle regulacji art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp – rozstrzygnięcie protestu Konsorcjum HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., Warbud S.A. i HOCHTIEF Construction AG nie zostało dokonane zgodnie z wszystkimi żądaniami zgłoszonymi w trakcie postępowania protestacyjnego. Żądania przystępującego do postępowania protestacyjnego były przeciwne w stosunku do żądań protestu i w rozstrzygnięciu nie zostały uwzględnione, co pociągało za sobą konieczność powtórzenia czynności w terminie wskazanym w art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy, a nie według nieprawidłowo zastosowanego przez zamawiającego art. 183 ust. 5 pkt 1.

W dniu 19.06.2009 r. zamawiający powyższy protest w całości oddalił jako bezzasadny, nie dopatrując się w swoich działaniach jakiegokolwiek naruszenia przepisów ustawy.

W dniu 24.06.2009 r. protestujący wniósł odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu.

**Uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

W istniejącym stanie faktycznym sprawy, żądania i zarzuty kwestionujące rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia oraz zmierzające do jego podważenia w niniejszym postępowaniu odwoławczym, nie zasługują na przyznanie ochrony prawnej, a odwołanie jako takie podlega odrzuceniu.

Kwestia oceny ewentualnej niezgodności treści oferty odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia została podjęta w proteście Konsorcjum HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., Warbud S.A. i HOCHTIEF Construction AG i rozstrzygnięta na niekorzyść pierwotnie wybranego wykonawcy poprzez uwzględnienie protestu dokonane w dniu 03.06.2009. Ww. rozstrzygnięcie, zgodnie z wynikającą z całokształtu regulacji Działu VI Pzp zasadą koncentracji środków ochrony prawnej mogło zostać zakwestionowane (i zostało) jedynie w ramach postępowania protestacyjnego w którym zapadło – Konsorcjum Konsorcjum PORR (Polska) S.A. i PORR Projekt Hochbau AG Konsorcjum PORR (Polska) S.A. i PORR Projekt Hochbau AG złożyło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu Konsorcjum HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., Warbud S.A. i HOCHTIEF Construction AG.

Zakres odwołania z dnia 10.06.2009 odnosił się do kwestii będącej przedmiotem protestu i jego rozstrzygnięcia, a dla rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia zasadniczej – prawidłowości zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w stosunku do oferty pierwotnie wybranej. Jednakże na skutek formalnych błędów wnoszącego odwołanie związanych z jego wniesieniem (zbyt późne dostarczenie kopii odwołania zamawiającemu), odwołanie zostało odrzucone, a droga do merytorycznego rozpatrzenia jego zarzutów przez Izbę wyczerpana.

W dniu 07.07.2009 r., z chwilą wydania postanowienia Izby odrzucającego odwołanie z dnia 10.06.2009, rozstrzygnięcie protestu Konsorcjum HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., Warbud S.A. i HOCHTIEF Construction AG stało się ostateczne w rozumieniu art. 182 ust. 2 pkt 3 Pzp. Powołany przepis wyraźnie stanowi, iż protest jest ostatecznie rozstrzygnięty z chwilą wydania wyroku, jak i postanowienia kończącego sprawę – nie wiąże rozstrzygnięcia protestu z merytorycznym rozstrzygnięciem sprawy.

Jak zostało wskazane, zarówno rozstrzygnięty protest, jak i odwołanie od jego rozstrzygnięcia *stricto* dotyczyły odrzucenia oferty Konsorcjum PORR (Polska) S.A. i PORR Projekt Hochbau AG. W związku z faktem zakończenia postępowania odwoławczego w tej kwestii, decyzje zamawiającego **zgodne** z rozstrzygniętym ostatecznie protestem stają się niewzruszalne w drodze innych postępowań protestacyjno-odwoławczych, zmierzających *de facto* do orzekania w tym samym przedmiocie, którego dotyczyło i który ostatecznie rozstrzygnęło poprzednie postępowanie protestacyjne. Nie można doprowadzić do ponownego wyrokowania nt. wyniku postępowania, które przeszło już przypisaną i właściwą drogę odwoławczą, zakończoną, co prawda wzruszalnym, ale z punktu widzenia możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia, ostatecznym orzeczeniem Izby.

Przyjęcie przeciwnego stanowiska prowadziłoby do możliwości wystąpienia sytuacji, w której w postępowaniu zapadną dwa wzajemnie przeciwstawne orzeczenia Izby, a więc do stanu jaki funkcjonował na początku obowiązywania ustawy, którego zmianę miały na celu jej kolejne nowelizacje.

Do takiej sytuacji mogłoby dojść jeżeli wykonawcy, pomimo rozstrzygnięcia danej kwestii (np. tu: odrzucenia oferty) w toczącym się postępowaniu protestacyjno-odwoławczym (nie zakończonym ostatecznym rozstrzygnięciem protestu), w chwili powstania jakichkolwiek nowych okoliczności chociażby pośrednio związanych z meritem sprawy (np. tu: naruszenia art. 183 ust. 5 pkt 2 z powodu zbyt szybkiej „realizacji” rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego) wszczynali nowe postępowanie protestacyjne dotyczące ciągle tego samego zagadnienia (np. odrzucenia oferty).

W takim przypadku, tak jak słusznie podnosi w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu Izby odwołujący, jeżeli okoliczności, na których opiera się protest czy odwołanie zostałyby zmienione (bogactwo stanów faktycznych tego typu wydaje się niewyczerpane), nie znalazłby zastosowania art. 187 ust. 4 pkt 5 ustawy – odwołanie nie mogłoby zostać odrzucone na podstawie tego przepisu. Tym bardziej w sprawie, w której wydano jedynie postanowienie o odrzuceniu odwołania, nie doszło do rozpatrywania przez Izbę jakichkolwiek okoliczności poza formalną poprawnością wniesienia odwołania i z tego powodu przesłanka odrzucenia odwołania pomieszczona w ww. przepisie nie będzie mogła znaleźć zastosowania w niniejszej sprawie – żadne merytoryczne okoliczności sprawy podnoszone w odwołaniu nie były w takiej sytuacji przedmiotem rozstrzygnięcia Izby, o którym przepis stanowi.

W związku z przedmiotowym odwołaniem podnieść należy, iż przepisem zabezpieczającym realizację zasady koncentracji środków ochrony prawnej oraz zapobiegającym ponownemu orzekaniu przez Izbę w tej samej sprawie – czy szerzej, w sprawie, w której postępowanie protestacyjne zostało już zakończone, a zamawiający może w związku z jego ostatecznym rozstrzygnięciem dokonać wszelkich niezbędnych czynności i zawrzeć umowę o zamówienie – jest art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp, który stanowi, iż odrzuca się odwołanie wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego do przyłączenia się do postępowania protestacyjnego i dotyczące czynności wykonanej zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Izba nie podziela argumentacji odwołującego przedstawionej w piśmie złożonym na posiedzeniu, dotyczącej „następczego” charakteru czynności zamawiającego w stosunku do rozstrzygnięcia protestu, z którego ma wynikać niemożliwość odrzucenia odwołania na podstawie tego przepisu, a tym samym konieczność przyznania ochrony w stosunku do czynności pojętych przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jeżeli odwołanie zostało wniesione w tym czasie, a odwołujący jako pełnoprawny uczestnik postępowania o

udzielenie zamówienia był zmuszony i uprawniony do kwestionowania czynności godzących w jego interes w uzyskaniu zamówienia.

W ocenie Izby, dokonane czynności i powiązane z nimi przepisy powinny być oceniane i stosowane w świetle aktualnego stanu postępowania. W przedmiotowej sprawie nie budzi wątpliwości fakt, iż odrzucenie oferty odwołującego jest co do swojej treści i podstawy, zgodne z ostatecznym aktualnie rozstrzygnięciem protestu Konsorcjum HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., Warbud S.A. i HOCHTIEF Construction AG i jako takie nie może być już kwestionowane w innych orzeczeniach Izby – sytuacja wyczerpuje w pełni dyspozycję art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp.

W przypadku przyjęcia odmiennego poglądu i merytorycznego rozpatrzenia przedmiotowego odwołania w zakresie żądań związanych z unieważnieniem odrzucenia oferty odwołującego, ww. rozstrzygnięcie protestu (przypomnijmy: stanowiące o odrzuceniu oferty odwołującego) utraciłoby przypisywany mu w ustawie walor „ostateczności” oraz zostałaby przekreślona zasada koncentracji środków ochrony prawnej.

Jak słusznie zauważył sam odwołujący w treści odwołania „...obie zaskarżone czynności Zamawiającego, tj. rozstrzygnięcie pierwszego protestu oraz powtórzenie czynności zgodnie z tym rozstrzygnięciem, stanowią właściwie jedną czynność, jedynie formalnie rozdzieloną na dwa akty, nie ma możliwości aby zarzuty ich dotyczące nie były przynajmniej w znacznej części, dotyczącej merytorycznej istoty rozstrzygnięcia, takie same.”. Z powyższego odwołujący zdaje się nie wyciągać jednak oczywistego wniosku, iż oba złożone przez niego odwołania, co do istoty sprawy dotyczyły właściwie tego samego przedmiotu – prawidłowości czynności odrzucenia jego oferty. Prawidłowości w znaczeniu materialnym, tj. prawidłowego zastosowania przepisów dotyczących przesłanek odrzucenia oferty, która była przedmiotem protestu Konsorcjum HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., Warbud S.A. i HOCHTIEF Construction AG i odwołania z dnia 10.06.2009 r. Wykorzystując nieistotne z punktu widzenia wyniku postępowania (nie dotyczące istnienia bądź nieistnienia przesłanek odrzucenia najtańszej oferty) i do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia ww. protestu nie posiadające żadnej mocy sprawczej wywoływania skutków prawnych w postępowaniu przetargowym, ewentualne formalne naruszenie przepisów w przedmiocie wykonania rozstrzygnięcia protestu jako nową okoliczność w sprawie, odwołujący domaga się i usiłuje doprowadzić do wyrokowania w przedmiocie okoliczności objętych w chwili obecnej już ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

W odniesieniu do powyższego wskazać również należy, iż protestowanie na wykonywane w wyniku rozstrzygnięcia protestu odrzucenie oferty i wybór następnej oferty jako przedwczesne, tj. dokonywane niezgodnie z art. 182 ust. 5 pkt 2 ustawy, jest również z punktu widzenia procesowego zupełnie zbędne i stanowi niepotrzebne mnożenie postępowań protestacyjnych w tym samym przedmiocie i z udziałem tych samych podmiotów

zaangażowanych w postępowanie protestacyjne, którego wynikiem było odrzucenie oferty pierwotnie wybranej. Przy prawidłowo wniesionym odwołaniu od ww. rozstrzygnięcia protestu (protestu Konsorcjum HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., Warbud S.A. i HOCHTIEF Construction AG), w przypadku korzystnego dla siebie orzeczenia Izby w przedmiocie braku podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Konsorcjum PORR (Polska) S.A. i PORR Projekt Hochbau AG uzyskałoby w wyroku zakaz odrzucania oferty na tej podstawie i w oparciu o rozstrzygnięte okoliczności faktyczne, wiążący zamawiającego niezależnie od momentu czy sposobu dokonania następujących po rozstrzygnięciu protestu czynności w tym zakresie.

Uzyskanie ochrony prawnej i merytorycznej oceny czynności zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty przez Izbę, którą odwołujący w swoim piśmie procesowym postuluje, nastąpiłoby pod warunkiem prawidłowego złożenia odwołania od rozstrzygnięcia protestu Konsorcjum HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., Warbud S.A. i HOCHTIEF Construction AG.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 w związku z art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Łodzi.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....