

Sygn. akt: KIO 960/11

WYROK

z dnia 19 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **5 maja 2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: Warbud S.A., Ereкта Budownictwo Sp. z o.o., ul. Al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu Warszawa, ul. Zgrupowania AK „Kampinos” 1, 01-943 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Warbud S.A., Ereкта Budownictwo Sp. z o.o., ul. Al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Warbud S.A., Ereкта Budownictwo Sp. z o.o., ul. Al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO/960/11

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Na wybór wykonawcy III Etapu Budowy Międzynarodowego Centrum Badania i Leczenia Częściowej Głuchoty” przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Warbud S.A. (pełnomocnik) oraz Ereкта Budownictwo sp. z o.o. z Warszawy. Wnoszący odwołanie stwierdzili, że Zamawiający - Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu z Warszawy dokonał czynności badania i oceny ofert w sposób sprzeczny z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp], niezasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania i odrzucił jego ofertę, zaniechał odrzucenia oferty Budimex SA wobec jej sprzeczności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem zasad prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne wobec dokonania wyboru oferty podlegającej odrzuceniu. Tym samym, zdaniem wykonawcy, Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust.1 i ust.3, art. 24 ust.2 pkt. 3 oraz ust.4, art. 26 ust.3, art. 87, art.

89 ust.1 pkt. 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Budimex SA., powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego, odrzucenie oferty Budimex SA. wobec jej sprzeczności z siwz i dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty Odwołującego. Wykonawca stwierdził także, że działanie Zamawiającego narusza jego interes prawny, bowiem odstąpienie przez Zamawiającego od wymagań określonych w ustawie Pzp prowadzi do naruszenia zasad i sposobu udzielania zamówień publicznych, gdyż postępowanie dotknięte wadą prawną uniemożliwia zawarcie ważnej umowy. Podkreślił również, że ma oczywisty interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte zgodnie z jego żądaniem. Oferta Odwołującego w przypadku uwzględnienia odwołania będzie ofertą najkorzystniejszą, w świetle kryteriów oceny ofert i winna zostać wybrana. W uzasadnieniu odwołania podał, że w dniu 27 kwietnia 2011 r. został poinformowany o dokonaniu czynności oceny ofert i wyborze oferty złożonej przez Budimex S.A. jako najkorzystniejszej i jednocześnie o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust.2 pkt.3 ustawy Pzp. Jego zdaniem podjęte przez Zamawiającego czynności są błędne i winny zostać zmienione, albowiem Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego, w oparciu o art. 23 ust.2 pkt.3 ustawy Pzp, zaniechał wymaganego art. 92 ust.1 ustawy Pzp uzasadnienia swojej czynności. Uzasadnienie to jest o tyle konieczne, iż wskazana przez Zamawiającego podstawa prawna odpowiada przepisom o wykluczeniu, tymczasem Zamawiający oświadczył w piśmie z 27.04.2011r. (Zawiadomienie o wyniku postępowania), iż ofertę Odwołującego odrzucił. Brak uzasadnienia, czyni podjętą przez Zamawiającego czynność odrzucenia oferty bezskuteczną ogranicza, bowiem ta okoliczność Odwołującemu prawo do rzetelnej obrony. Wykonawca stwierdził, że co prawda Zamawiający wskazał, iż podjęta przezeń czynność jest zgodna z wyrokiem KIO z 30.12.2010r. (sygn. KIO/2733/10), jednakże wskazany wyrok ogranicza się li tylko do nakazania Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania ponownej oceny ofert. Nie sposób z sentencji wyroku wywieść wniosku, iż Zamawiającemu nakazano odrzucenie oferty Odwołującego. Ponadto Odwołujący stwierdził także, że przywołana przez Zamawiającego w treści zawiadomienia o wyniku postępowania, podstawa prawna podjętej czynności, mogłaby sugerować, iż Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, nie wykazując, która z informacji jest nieprawdziwa. Tymczasem, podejmując czynności i wywodząc określone skutki prawne obciążony jest ciężarem dowodu swoich racji. Odwołujący zaprzecza natomiast, aby w związku z prowadzonym postępowaniem złożył jakąkolwiek informację nieprawdziwą. Stwierdził także, że wskazana podstawa prawna czynności jest o tyle błędna, iż Zamawiający, w wyniku wykonania wyroku KIO z 30.12.2010r., wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w części dotyczącej

Wstępnego Harmonogramu (pismo z 20.04.2011 r.). Odwołujący wyjaśnił m.in., (...) iż zważywszy, na wynikające ze wzoru umowy (załącznik nr 3 do siwz) różnice w regulacji zakończenia robót, w stosunku do przepisów ustawy prawo budowlane, użyte w harmonogramie ofertowym oraz harmonogram, o jakim mowa w pkt.1.12 siwz, pojęcia i przypisane im zdarzenia, właściwe są regulacji umowne (gdyż harmonogram będzie stanowił jej część) przy uwzględnieniu warunków ustawy". Zdaniem wykonawcy, nawet, jeżeli przyjąć, że Zamawiający - uczestnik postępowania przed KIO o sygnaturze KIO/2733/10 miał wątpliwości, co do treści Harmonogramu Wstępnego Odwołującego, uzyskując 21.04.2011r. wyjaśnienia, zobowiązany był je uwzględnić. Wskazane wyjaśnienia nie pozostawiają żadnych wątpliwości, iż przygotowując Harmonogram Wstępny, Odwołujący kierował się treścią wzorca umowy (załączonego do siwz), gdyż harmonogram będzie stanowił jej część. Związek z przepisami prawa budowlanego mają tylko pozycje 10 - uzyskanie opinii organów zewnętrznych, złożenie wniosku o pozwolenie na użytkowanie - 28.06.2011, oraz poz. 11 - uzyskanie decyzji pozwolenia na użytkowanie - 12.07. 2011r. Zamawiający nie wskazał, która z informacji Odwołującego jest nieprawdziwa. Nie wskazał również, czym owa „nieprawdziwość" się przejawia. Nie uczynił tego, gdyż nie sposób takiej informacji wskazać w ofercie Odwołującego. Ponadto zdaniem wykonawcy trudno ustosunkować się do nieuzasadnionych tez zawiadomienia o wyniku postępowania. Jeżeli jednak Zamawiający uznaje, jakkolwiek w ocenie Odwołującego błędnie, iż o nieprawdziwości informacji zawartych w ofercie Odwołującego świadczyć by miało, iż uzyskanie opinii organów zewnętrznych i uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę, nastąpi przed umownym zakończeniem robót, to nie ma związku pomiędzy regulacją umowną dotyczącą odbiorów, a regulacją ustawową dotyczącą czynności organów administracji publicznej i wnioskowanie takie prowadzi wprost do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji (vide art. 7 ust. 1 Pzp), gdyż analogiczna zasada wynika z Wstępnego Harmonogramu oferty Budimex SA. Zgodnie, bowiem z Wstępnym Harmonogramem opracowanym przez Budimex SA. uzyskanie opinii organów zewnętrznych, złożenie wniosku o pozwolenie na użytkowanie oraz uzyskanie decyzji pozwolenia na użytkowanie (odpowiednio 12.08.2011 r. i 13.09.2011r.) nastąpią przed odbiorem końcowym, który planowany jest na 15.09.2011r. Zdaniem wykonawcy, bez znaczenia jest tu rozróżnienie umowne na odbiór techniczny i odbiór końcowy. Wnioskując analogicznie do Zamawiającego, należałoby przyjąć, iż tylko roboty zakończone i skwitowane przez inwestora (Zamawiającego) mogą być przedmiotem czynności administracyjnych wymaganych prawem budowlanym do oddania obiektu do użytkowania. Zważywszy, że treść oferty Budimex SA. nie spełnia tak postawionego warunku, winna być podobnie jak oferta Odwołującego uznana za zawierającą nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Jeżeli natomiast Zamawiający uznaje, iż

tak sformułowana oferta Budimex SA. nie zawiera informacji nieprawdziwych, należy uznać, iż tego rodzaju informacji nie zawiera również oferta Odwołującego.

Zarzucając naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex SA. wobec jej rażącej sprzeczności z siwz, Odwołujący wskazał na pkt.1.4 L siwz, § 3 ust. 10 wzorca umowy oraz odpowiedź nr 7 na pytania - pismo Zamawiającego z dnia 27.10.2010 r. - „suma faktur częściowych nie może przekroczyć 80% wartości umowy. [...] Faktura końcowa za czynności opisane w harmonogramie jako „odbiorów” wynosić musi m.in. 20% wartości umowy”. Tymczasem z treści Wstępnego Harmonogramu Budimex SA. wynika, że ostatnia faktura zostanie wystawiona przez Budimex SA. nie za czynności odbiorowe, tylko już przed ich rozpoczęciem, a po zakończeniu fizycznie robót budowlanych (6 miesięcy wykonywania zamówienia wg Wstępnego Harmonogramu Budimex SA.) i wskazana powyżej ostatnia faktura Budimex SA. będzie wystawiona w wysokości ok. 6% wartości umowy. Powyższych niezgodności – zdaniem wykonawcy - nie sanują wyjaśnienia udzielone przez Budimex SA. w pismach z 21 i 27 kwietnia 2011r. Po pierwsze wyjaśnienia z 21 i 27 kwietnia 2011r. w ogóle nie potwierdzają, iż ostatnia faktura zostanie wystawiona przez Budimex SA. dopiero po odbiorach. Tym samym należy przyjąć, iż Budimex SA. potwierdza, iż fakturę końcową zamierza wystawić przed „odbiorami”, a wyjaśnienia z 27.04.2011r. są sprzeczne zarówno ze Wstępnym Harmonogramem załączonym do oferty Budimex SA. jak i wyjaśnieniami złożonymi 21.04.2011r. Z dokumentów tych bowiem (Harmonogram i wyjaśnienia z 21.04.2011r.), bez żadnych wątpliwości wynika, iż wartość ostatniej faktury wynosić będzie 1.713.655,52 zł (ok. 6% wartości umowy) i że zostanie ona wystawiona przed „odbiorami” oraz, że uszczegółowienie tego Harmonogramu, zgodnie z pkt.1.12 siwz, nie będzie modyfikować „układu miesięcznego” realizacji i fakturowania wykonywanego zamówienia, a więc niezmiennie pozostanie okres wykonania 227 dni (ok. 7,5 miesiąca), niezmiennie pozostaną wartości faktur w danych miesiącach realizacji i niezmiennie pozostanie, iż faktura końcowa będzie wystawiona już po 6 miesiącu realizacji, tj. przed „odbiorami”. Zamawiający nie był przeto uprawniony wzywać do złożenia wyjaśnień treści oferty oraz uznać w wyniku ich złożonych, iż oferta Budimex SA. jest zgodna z siwz. Zamawiający nie był uprawniony poprawić niezgodności oferty ani w oparciu o art. 26 ust.3 (przywołany przez niego za podstawę wezwania do wyjaśnień), ani w oparciu o art. 87 Ustawy. Zgodnie bowiem z art. 26 ust.3 Pzp uzupełnieniu podlegają wyłącznie oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust.2 Pzp i pełnomocnictwa, a Wstępny Harmonogram do katalogu takich dokumentów się nie zalicza. Zgodnie natomiast z art. 87 w toku wyjaśnień, niedopuszczalne jest prowadzenie pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą negocjacji lub dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty wykonawcy. Tymczasem aby usunąć sprzeczność oferty (Wstępnego Harmonogramu) Budimex SA. z siwz, treść wyjaśnień Budimex SA. z 27.04.2011r. musiałaby prowadzić do zmiany oferty tego

wykonawcy. Co więcej zmiana ta byłaby istotna, a wskazanej intencjonalnej, sprzecznej z siwz treści Harmonogramu, nie można uznać za omyłkę. W konkluzji wykonawca stwierdził, że odwołanie nie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust.2 ustawy, albowiem - jak to zostało wykazane powyżej - dotyczy innych czynności niż czynności zaskarżone w postępowaniu KIO/2733/10, wystąpiły nowe okoliczności, w tym złożone wyjaśnienia i bezprawny wybór oferty Budimex SA. Ponadto zaskarżeniu podlegają czynności podjęte przez Zamawiającego niezależnie od wyroku w sprawie KIO/2733/10, w szczególności wezwanie i złożenie wyjaśnień oraz przyjęcie przez Zamawiającego odmiennej od faktycznej, treści oferty oraz dokonany w ich wyniku wybór oferty Budimex SA. Zdaniem Odwołującego, niniejsze odwołanie dotyczy innych czynności oraz oparte jest na innych okolicznościach i zarzutach niż postępowanie wszczęte odwołaniem w sprawie KIO/2733/10.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego odrzucenie, wskazując na przepis art. 189 ust. 2 pkt. 2 i 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 i ust. 4 Ustawy. W uzasadnieniu podał, że wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2010 roku, sygn. akt KIO/2733/10, unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonał ponownej oceny złożonych ofert. Zatem zasadność odrzucenia oferty Odwołującego była konstatacją wynikającą z treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2011 roku o sygn. akt podanej wyżej tj. KIO 2733/11. W uzasadnieniu tego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wprost określiła obowiązki Zamawiającego w odniesieniu do oferty Odwołującego, oraz wielokrotnie podniosła, iż oferta konsorcjum spółek Warbud S.A. oraz Ereka Budownictwo Sp. z o.o. zawiera informacje nieprawdziwe, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający podał także, że skoro oferta Odwołującego została uznana za odrzuconą, zgodnie z przepisem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, to Odwołujący nie może od chwili jej odrzucenia dalej brać udziału w postępowaniu. Odwołujący z chwilą wykluczenia utracił uprawnienie do składania odwołania od czynności podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego po jego wykluczeniu i odrzuceniu oferty. Odwołujący miał więc legitymacje, do wniesienia odwołania na rozstrzygnięcie Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia jego oferty, ale nie miał już takiej legitymacji w stosunku do kolejnych czynności Zamawiającego. Odwołujący, z chwilą odrzucenia jego oferty utracił przymiot „wykonawcy” w rozumieniu przepisu art. 2 pkt. 11 Ustawy i nie może być traktowany w dalszym ciągu jako uczestnik postępowania przetargowego. Mając powyższe na uwadze uznać należy, że przedmiotowe odwołanie winno być odrzucone w całości. Stwierdził także, że przypisywane przez Odwołującego ofercie BUDIMEX S.A. wadliwości nie mogą być przedmiotem rozpoznania KIO w niniejszym postępowaniu. Odwołanie pochodzące od podmiotu nieuprawnionego nie może być rozpatrywane merytorycznie.

Niezależnie od opisanej bariery formalnej postępowania (braku legitymacji czynnej Odwołującego) Zamawiający nie znajduje w przedstawionych przez Odwołującego zarzutach do treści oferty uznanej za najkorzystniejszą podstawy do jej odrzucenia. Oferta odpowiada merytorycznie treści SIWZ, nie jest obarczona wadami formalnymi, a podnoszone przez Zamawiającego wątpliwości zostały przez oferenta wyjaśnione. Zamawiający stwierdził także, że informacja z dnia 27 kwietnia 2011 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego zawiera wszystkie elementy wymagane ustawowo, zgodnie z przepisem art. 92 ust 1 ustawy Pzp. Ustawa, jego zdaniem, nie określa zakresu faktycznego i prawnego uzasadnienia wykluczenia wykonawców/odrzucenia oferty. Ze względu na fakt, iż Odwołujący był aktywnym uczestnikiem postępowania o sygn. akt KIO/2733/10, które toczyło się przed Krajową Izbą Odwoławczą, a następnie postępowania przed Sądem Okręgowym w Warszawie V Wydział Gospodarczy pod sygnaturą VCa 288/11, gdzie Odwołujący sam bronił się przed zarzutem, że złożona przez niego oferta winna być uznana za odrzuconą na skutek jego wykluczenia - Zamawiający ograniczył uzasadnienie swojej czynności do koniecznej informacji: podania podstawy prawnej „art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych (...)” oraz podstaw faktycznych - poprzez odesłanie do niemogącej budzić żadnych wątpliwości treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2010 r. o sygn. akt KIO/2733/10. W wyroku KIO z dnia 30.12.2010 r. znajduje się szczegółowe uzasadnienie faktyczne konieczności zastosowania przez Zamawiającego w stosunku do Odwołującego sankcji określonej przywołanym przepisem. Zamawiający powołał się na treść wyroku KIO nie dokonując żadnej jego interpretacji, wykładni czy zmiany opisu okoliczności, uznając, że każda ingerencja w przedstawioną przez KIO argumentację, opis stanu faktycznego mogłaby zastać uznana za modyfikację, sytuacji Odwołującego. Skarżona czynność Zamawiającego determinowana była znanym Odwołującemu wyrokiem KIO i określona kierunkiem przez KIO nakreślonym. W takiej sytuacji nie było ani potrzebne, ani wskazane bardziej szczegółowe uzasadnienie czynności Zamawiającego. Odnosząc się do podnoszonej kwestii użycia w piśmie z dnia 27 kwietnia 2011 r. pojęcia „odrzucenia” wskazał, że zostało ono użyte prawidłowo. Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp „Ofertą wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą ”

Przystępujący do postępowania odwoławczego - Budimex S.A. wniósł o odrzucenie odwołania, lub ewentualnie o jego oddalenie ze względu na niezasadność podnoszonych w nim zarzutów oraz kierowanych w tym zakresie żądań. W uzasadnieniu wniosku o odrzucenie odwołania stwierdził, że zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeśli odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał

zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W dniu 30 grudnia 2010 r. został wydany wyrok w sprawie o sygn. akt: KIO 2733/10, którym Izba uwzględniła odwołanie BUDIMEX S.A., nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (tj. oferty konsorcjum firm Warbud S.A. i Erekta Budownictwo Sp. z o.o.) oraz nakazała wykonać czynność ponownej oceny ofert. Zarzuty Odwołującego, odnośnie braku nakazu wykluczenia Odwołującego w wyroku KIO oraz nieprawidłowego sformułowania przez Zamawiającego, jakiej czynności dokonuje i dlaczego - są całkowicie chybione. Zamawiający dokonał ponownej oceny zgodnie z wyrokiem Izby, dlatego zaskarżenie tej czynności jest niedopuszczalne, a odwołanie podlega odrzuceniu. Sprawa dotycząca wykluczenia konsorcjum Warbud z powodu podania nieprawdziwych informacji w harmonogramie była już przedmiotem orzekania przez Izbę w sprawie KIO 2733/10 i nie może już być ponownie rozpatrywana. Korzysta bowiem z powagi rzeczy osądzonej. Twierdzenia, iż Zamawiający powinien ponownie ocenić ofertę konsorcjum Warbud po wyjaśnieniach harmonogramu, które Warbud złożył w dniu 21 kwietnia 2011 r. są całkowicie błędne. Przede wszystkim Zamawiający nie powinien był w ogóle występować do Warbudu o wyjaśnienia oferty, skoro Izba przesądziła, iż oferta zawiera informacje nieprawdziwe, co skutkuje wykluczeniem wykonawcy. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wykonawca, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, nie podlega procedurze uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, ani tym bardziej procedurze składania wyjaśnień, o której mowa w art. 26 ust. 4 Pzp lub art. 87 ust. 1 Pzp. Odwołujący mógł wyjaśniać treść swojego harmonogramu przed Izbą, rozpatrującą pierwsze odwołanie w tej sprawie, natomiast wszelkie późniejsze wyjaśnienia są niedopuszczalne. Przystępujący wskazał także, że odwołanie podlega odrzuceniu, mimo że część zarzutów dotyczy zaniechania odrzucenia oferty BUDIMEX S.A. W tym przypadku, Odwołujący, który został już prawomocnie wykluczony z udziału w postępowaniu, nie ma legitymacji materialnej do wniesienia odwołania na zaniechanie odrzucenia innego wykonawcy, skoro nie jest już uczestnikiem niniejszego postępowania. Art. 179 Pzp przyznaje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Poniesienie szkody należy odnosić do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy czynnością lub zaniechaniem będącym przedmiotem zarzutu odwołania. W niniejszej sprawie Odwołujący zarzucił niezasadność wykluczenia Odwołującego, co było już przedmiotem orzekania przez Izbę oraz zaniechanie odrzucenia oferty BUDIMEX, które to zaniechanie nie może być uznane za wyrządzające lub narażające konsorcjum Warbud na szkodę, skoro konsorcjum i tak zostało wykluczone z udziału w postępowaniu. To czynność wykluczenia Odwołującego naraża go na szkodę, jednakże ta czynność była już przedmiotem orzekania przez Izbę. A zatem, nie jest

dopuszczalne rozpatrywanie odwołania, chociażby w części, skoro zarzuty przesądzające o legitymacji Odwołującego do wniesienia środków ochrony prawnej, zostały już prawomocnie osądzone. Należy więc uznać, że odwołanie podlega odrzuceniu ponieważ dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z wyrokiem Izby. W ocenie przystępującego, zarzuty odnośnie harmonogramu firmy BUDIMEX są również spóźnione. Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności stanowiącej podstawę jego wniesienia. W dniu 10 grudnia 2010 r. Odwołujący otrzymał faksem od Zamawiającego informację o ocenie ofert, w tym o tym, że oferta firmy BUDIMEX została uznana za ważną, a niepodlegającą odrzuceniu. Jeśli Odwołujący uważał, że oferta BUDIMEX powinna być odrzucona, to powinien, wnieść do dnia 20 grudnia 2010 r. odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty. Przystępujący podniósł także brak legitymacji Odwołującego do wniesienia środków ochrony prawnej, z uzasadnieniem jak powyżej. Zarzuty dotyczące zaś niezgodności harmonogramu rzeczowo-finansowego z oferty BUDIMEX S.A. są jego zdaniem całkowicie chybione. Przedstawiony harmonogram rzeczowo-finansowy abstrahuje od wysokości faktury końcowej i wysokości faktur częściowych. Nie jest to harmonogram płatności, lecz harmonogram rzeczowo-finansowy, obrazujący wartość robót realizowanych w poszczególnych miesiącach (pkt 1.10 i 1.11 SIWZ).

Rozpatrując niniejsze odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza [KIO lub Izba] miała na względzie następujące okoliczności faktyczne i prawne:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zarzuty podnoszone w odwołaniu przede wszystkim dotyczą czynności wykluczenia odwołującego się wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia (art. 24 ust.2 pkt 3 i ust. 4 ustawy Pzp) oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Budimex S.A (art. 91 ust.1 ustawy Pzp), pomimo niezgodności treści tej oferty – jak podniósł Odwołujący - ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp). Izba stwierdziła brak podstaw do odrzucenia odwołania, z uwagi na to, że Odwołujący po wyborze jego oferty, jako najkorzystniejszej nie mógł wnieść odwołania na czynność zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Budimex S.A, albowiem zdaniem Izby, nie mógł się powoływać na szkodę, o której stanowi art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem wykonawca, aby skutecznie korzystać ze środka ochrony prawnej musi także wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp i normalnym następstwem w okolicznościach danej

sprawy musi być poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Jednakże Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut bezpodstawności wykluczenia wykonawcy z postępowania. W tym przypadku Izba uznała, że Zamawiający dokonując wykluczenia Odwołującego dokonał tej czynności zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 30 grudnia 2010 r. sygn. akt: KIO/2733/10. Tym samym mając na względzie przepis art. 189 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp, zarzut ten nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

Izba podzieliła także pogląd Zamawiającego, iż argumentacja dotycząca art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp oraz wskazanie na odrzucenie oferty nie naruszają przepisów ustawy Pzp, w tym art. 92 ust.1 ustawy Pzp. Tak jak podniósł Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, ustawa nie określa zakresu faktycznego i prawnego uzasadnienia. Powołanie się w uzasadnieniu na wyrok KIO jest dopuszczalne i w okolicznościach niniejszej sprawy dostateczne. W tym stanie faktycznym KIO w wyroku z dnia 30 grudnia 2010 r. jednoznacznie rozstrzygnęła, co do podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania. Izba stwierdza także, że zgodnie z art. 24 ust.4 ustawy Pzp ofertę wykluczonego wykonawcy należy uznać za odrzuconą. Izba zwraca także uwagę, że wyrok z dnia 30 grudnia 2010 r., w zakresie rozstrzygniętym przez KIO, nie uprawniał Zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśnień na podstawie art. 26 ust 3 czy art. 87 ustawy Pzp. Stąd wykonawca nie może domagać się uwzględnienia jego wyjaśnień, albowiem rozstrzygnięcie Izby korzysta z powagi rzeczy osądzonej (res iudicata). Skoro, zatem Izba orzekła merytorycznie, co do podstaw wykluczenia wykonawcy, to Zamawiający – w tych okolicznościach faktycznych - zobowiązany był wykluczyć tego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba podziela także pogląd przystępującego wykonawcy, że z przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych nie wynika obowiązek szczegółowego opisywania w sentencji wyroku, jak należy przeprowadzić poszczególne czynności w ramach oceny ofert, gdyż takie wytyczne daje właśnie uzasadnienie. Wymaga zauważenia, że orzeczenie Izby zawsze zawiera uzasadnienie sporządzane i przesyłane z urzędu łącznie z wyrokiem lub postanowieniem do stron postępowania [uczestników], w przeciwieństwie do wyroku sądu powszechnego. Tym samym wyrok Izby nie może być wykonywany tylko na podstawie samej sentencji.

Rozpoznając zarzut dotyczący czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Budimex S.A (art. 91 ust.1 ustawy Pzp), pomimo niezgodności treści tej oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp). Izba miała na uwadze przepis art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Przepis ten prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej określonych ustawą przyznaje tylko temu wykonawcy, który ma lub miał interes prawny w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Wobec orzeczenia Izby z dnia 30 grudnia

2010 r. Odwołujący utracił status wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp i tym samym nie może, podnosząc zarzuty dotyczące podstaw odrzucenia oferty BUDIMEX, powoływać się skutecznie na interes wymagany powołanym przepisem art.179 ust.1 ustawy Pzp. Nie posiada, zatem legitymacji do wniesienia odwołania, w tym postępowaniu i tym samym zarzut w zakresie wskazanym podlega oddaleniu. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że interes w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp – zgodnie z orzecznictwem, także sądowym jak i doktryną – jest przesłanką natury materialno-prawnej, stąd jego badanie następuje w wyniku postępowania przeprowadzonego w tym zakresie w toku rozprawy.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....