

Sygn. akt: KIO/UZP 790/09

POSTANOWIENIE
z dnia 7 lipca 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Członkowie: **Anna Packo**
Małgorzata Rakowska

Protokolant: **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 7 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ERBUD S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Szczecinie, 70-530 Szczecin, ul. J. Matejki 22** protestu z dnia 28 maja 2009 r.

przy udziale **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane CIROKO Sp. z o.o., 70-676 Szczecin, ul. Merkatora 7 (lider konsorcjum) oraz Zakład Wielobranżowy Usług Budowlanych FASADA Sp. z o.o.,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża ERBUD S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A
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 **ERBUD S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A,**
- 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 **ERBUD S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A.**

Uzasadnienie

I. W dniu 18.10.2008 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Oddział w Szczecinie, 70-530 Szczecin, ul. J. Matejki 22 (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. "Budowa siedziby Inspektoratu ZUS w Szczecinie przy ul. Andre Citroena" Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 28.05.2009 r. ERBUD S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A (dalej: Odwołujący) – złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 8.06.2009 r. poprzez jego odrzucenie. Odwołujący w dniu 15.06.2009 r. (wpływ bezpośredni) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście, a następnie w odwołaniu, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 i art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez wybór oferty, która została złożona przez PB CIROKO Sp. z o.o. 70-676 Szczecin, ul. Merkatora 7, podczas gdy w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego nie została złożona oferta przez tego wykonawcę, lecz przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PB CIROKO Sp. z o.o. 70-676 Szczecin, ul. Merkatora 7 (lider konsorcjum) oraz ZWUS FASADA Sp. z o.o., 70-673 Szczecin, ul. Kotwiczna 9 (dalej: Konsorcjum PB CIROKO).

Odwołujący wskazywał, że o okolicznościach, iż oferta nie została złożona przez PB CIROKO lecz przez Konsorcjum PB CIROKO dowiedział się w dn. 21.05.2009 r., kiedy to zapoznał się z przystąpieniem do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO/UZP 644/09, z którego ten fakt wynikał.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, wnoszono o doprowadzenie postępowania do zgodności z przepisami.

Zamawiający protest odrzucił, wskazując, że po pierwsze, został wniesiony przez osobę nieuprawnioną (Zamawiający twierdził, że osoby podpisujące protest nie miały wystarczającego umocowania), a po drugie został wniesiony po terminie.

Zamawiający wskazał, że o fakcie, że oferta została złożona przez Konsorcjum PB CIROKO Odwołujący dowiedział się bądź mógł się dowiedzieć wcześniej, niż wywodząc to z okoliczności przystąpienia do postępowania odwoławczego Konsorcjum PB CIROKO w sprawie sygn. akt KIO/UZP 644/09, i opisał szereg okoliczności, z których fakt ten miał wynikać: m.in. wskazał na informację o ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i informację podaną w trakcie otwarcia ofert.

Do protestu, a następnie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum PB CIROKO.

II. Izba nie znalazła podstaw, aby uwzględnić wniosek Odwołującego o odroczenie posiedzenia do czasu wydania przez Sąd Okręgowy w Szczecinie orzeczenia w sprawie skargi złożonej przez Odwołującego w postępowaniu sygn. akt KIO/UZP 644/09, w której to skardze Odwołujący kwestionował odrzucenie odwołania w sprawie sygn. akt KIO/UZP 644/09 w związku z nieprawidłowym pełnomocnictwem (w niniejszym postępowaniu odwoławczym Odwołujący posługiwał się tym samym pełnomocnictwem).

W ocenie składu orzekającego, na etapie posiedzenia wystarczy stwierdzenie przynajmniej jednej przesłanki odrzucenia odwołania, wymienionej w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, aby stan sprawy uznać za wystarczający do wydania postanowienia.

Jeżeli nawet są wątpliwości co do pełnomocnictwa (pismo bez daty, w aktach sprawy), na podstawie którego został złożony protest, to wątpliwości te nie tamują rozpoznania podnoszonej przez Zamawiającego drugiej przesłanki odrzucenia odwołania, a mianowicie z powodu wniesienia protestu po terminie. Bowiem, jeżeli zostanie ustalone, że protest został wniesiony po terminie, nie ma istotnego znaczenia dla badania skuteczności odwołania wniesionego w wyniku protestu złożonego z uchybieniem terminu okoliczność, czy został on złożony przez osoby uprawnione, czy też nie. Obie przesłanki odrzucenia mają zastosowanie równoległe.

Izba ustaliła, że protest został wniesiony po terminie.

Zamawiający wskazywał w rozstrzygnięciu protestu, iż o okoliczności, że to Konsorcjum PB CIROKO - a nie PB CIROKO - złożyło najkorzystniejszą ofertę, Odwołujący dowiedział się już wcześniej, a mianowicie:

1. Pierwszy raz informację o okoliczności, że Konsorcjum PB CIROKO jest uczestnikiem postępowania Odwołujący otrzymał w piśmie Zamawiającego z dnia 23 grudnia 2008r. dotyczącego oceny wniosków o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu w przetargu ograniczonym na budowę siedziby Inspektoratu ZUS w Szczecinie. W części C tego pisma w wykazie Wykonawców, którzy zostali zakwalifikowani do zaproszenia do udziału w postępowaniu pod poz. 8 wymieniono Konsorcjum PB CIROKO.
2. Drugi raz informację o okoliczności, że Konsorcjum PB CIROKO jest uczestnikiem postępowania Odwołujący otrzymał podczas otwarcia ofert w dniu 23 marca 2009 r. godz. 12.15, w którym Odwołujący uczestniczył, i kiedy to podano wówczas do publicznej wiadomości nazwy oraz adresy jedenastu wykonawców, a w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – podano nazwy uczestników konsorcjów.
3. Trzeci raz informację o okoliczności, że Konsorcjum PB CIROKO jest uczestnikiem postępowania Odwołujący powziął lub co najmniej mógł powziąć, przy zachowaniu należytej staranności, zapoznając się z ofertą złożoną przez Konsorcjum PB CIROKO (Zamawiający podał, że Odwołujący sfotografował ofertę Konsorcjum PB CIROKO)
4. Niezależnie od powyższego, informacje o nazwach Wykonawców (wraz z nazwami wszystkich uczestników konsorcjów), którzy złożyli oferty, o wynikach oceny ofert oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający podał do publicznej wiadomości na tablicy ogłoszeń w swojej siedzibie i na stronie internetowej

Co prawda, Zamawiający w toku posiedzenia nie potrafił poprzeć dowodami wszystkich powyższych okoliczności, na które powoływał się w rozstrzygnięciu protestu (nie przedstawił dowodu doręczenia Odwołującemu informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu – na posiedzeniu okazał Izbie treść informacji, jednak bez dowodu doręczenia); jednak skład orzekający stwierdził w toku posiedzenia, iż okoliczność, że Odwołujący dowiedział się wcześniej, niż 21.05.2009 r., że to Konsorcjum PB CIROKO, a nie PB CIROKO jest uczestnikiem postępowania (Odwołujący skarżył czynność Zamawiającego, polegającej na rzekomym wyborze oferty Wykonawcy, który nie był uczestnikiem postępowania) nie może budzić żadnych wątpliwości, ponieważ przyznał to sam Odwołujący w toku posiedzenia: jak stwierdził na posiedzeniu, „Wcześniej w dniu 17.04.2009r. otrzymał informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej, jednak wobec faktu, że oferta Odwołującego była najtańsza i została odrzucona, wówczas jego interes prawny koncentrował się na przywróceniu własnej oferty do postępowania”. Odwołujący wskazywał, że wcześniej, tj. przed 21.05.2009 r. termin do wniesienia protestu nie mógł biec, bowiem nie miał interesu prawnego we wniesieniu protestu, i wskazywał, że termin do złożenia protestu nie biegnie od hipotetycznej możliwości zapoznania się z okolicznościami będącymi

podstawą protestu, ale od realnej szansy powzięcia informacji. Odwołujący wiązał podstawy do wniesienia protestu ze swoim interesem prawnym i wskazywał, że łącznie obie te przesłanki nastąpiły dopiero po dniu 21.05.2009r.

Skład orzekający nie podzielił powyższych wywodów Odwołującego i stwierdził, że Odwołujący miał realną szansę powzięcia informacji o podstawie protestu w dn. 17.04.2009 r. Ponadto w ocenie Izby nie można w taki sposób, jak czyni to Odwołujący oddzielać przesłanek skuteczności wniesienia protestu – tj. przesłanki istnienia interesu prawnego od przesłanki wniesienia protestu w terminie. Oczywiście, interes prawny może hipotetycznie pojawić się na danym etapie postępowania, mimo że nie istniał wcześniej, ale w tym postępowaniu interes określany w taki sposób, jak wskazuje Odwołujący, tj. w znaczeniu szerokim, na żądaniu, aby „proces o udzielenie zamówienia odbywał się w sposób prawidłowy”, istniał już w dn. 17.04.2009 r. i okoliczność, o której Odwołujący powziął wiadomość w dn. 21.05.2009 r. (przystąpienie do postępowania odwoławczego Konsorcjum PB CIROKO) nic w tym zakresie nie zmieniła.

Reasumując, o podstawie wniesienia protestu Odwołujący dowiedział się wcześniej, niż w dn. 21.05.2009 r., kiedy otrzymał przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO/UZP 644/09.

Co do samej rozbieżności pomiędzy treścią informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dn. 17.04.2009 r. (wybrano ofertę złożoną przez PB CIROKO), a informacją na stronie internetowej Zamawiającego z dn. 20.04.2009 r. (wybrano ofertę Konsorcjum PB CIROKO), Izba ustaliła, co następuje:

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), w pkt 9.15 Zamawiający wskazał, iż „w przypadku ofert wspólnych, a więc konsorcjów, należy wskazać pełnomocnika – lidera konsorcjum.”

Konsorcjum PB CIROKO składając ofertę, przedstawiło pełnomocnictwo wskazujące na PB CIROKO Sp. z o.o., jako lidera konsorcjum. W pkt 9.15 ppkt 2 SIWZ Zamawiający zawarł postanowienie: "pełnomocnik pozostaje w kontakcie z zamawiającym w toku postępowania, zwraca się do Zamawiającego z wszelkimi sprawami, do niego Zamawiający kieruje informacje, korespondencję itp."

Zgodnie z tym postanowieniem SIWZ, wszelka korespondencja w postępowaniu kierowana była do lidera konsorcjum, w tym również informacja o ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej.

Dlatego Odwołujący w ocenie składu orzekającego nie ma podstaw, aby twierdzić, że z informacji zamieszczanych pod pismami kierowanymi do uczestników postępowania (tzw. „rozdzielnik”) mogło wynikać, że uczestnikiem postępowania jest PB CIROKO, a nie Konsorcjum PB CIROKO.

Takiej informacji nie sposób też wywieść z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (o dosłownym brzmieniu, wg treści pisma okazanego przez Odwołującego na posiedzeniu, skopiowanego do akt sprawy: „Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty (...) złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlane CIROKO Sp. z o.o.”), jeżeli Odwołujący wcześniej wiedział, co wskazano w uzasadnieniu powyżej, że uczestnikiem postępowania było Konsorcjum PB CIROKO.

Wobec takiego sformułowania informacji o wyborze oferty, w kontekście wcześniejszej wiedzy Odwołującego o uczestnictwie Konsorcjum PB CIROKO w postępowaniu, po pierwsze nie było żadnych powodów, aby podejrzewać, że Zamawiający wybrał ofertę podmiotu, który nie złożył oferty w postępowaniu. Po drugie – Odwołujący nie ma jakichkolwiek podstaw, aby twierdzić że o podstawie do wniesienia protestu (złożeniu przez Konsorcjum PB CIROKO oferty najkorzystniejszej) dowiedział się dopiero w dn. 21.05.2009 r., kiedy to otrzymał informację o przystąpieniu do postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO/UZP 644/09.

Po trzecie, o ile Odwołujący upatrywał materialną podstawę protestu w okoliczności, że została wybrana oferta innego podmiotu, niż ten, który złożył ofertę – termin do protestu na okoliczność minął z chwilą, kiedy mijał termin na oprotestowanie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej. W ocenie składu orzekającego bowiem, jeżeli bezsprzecznie już wcześniej Odwołujący wiedział (lub mógł się dowiedzieć), że uczestnikiem postępowania jest Konsorcjum PB CIROKO, to powinien wnieść protest – o ile upatrywał w tym naruszenia swojego interesu prawnego - w związku z informacją, że za najkorzystniejszą ofertę wybrano, jak mniemał, ofertę innego podmiotu, niż do tej pory uczestniczył w postępowaniu.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że protest został wniesiony z uchybieniem przepisanej terminu i odrzuciła odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 Prawa 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:

.....

.....