

Sygn. akt: KIO/UZP 679/08

WYROK
z dnia 17 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BUD-KLIM Sp. z o.o., 03-707 Warszawa, ul. Floriańska 8/6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Warszawska Okręgowa Izba Pielęgniarek i Położnych – Ośrodek Szkoleniowo-Hotelowy, 00-042 Warszawa, ul. Nowy Świat 63** protestu z dnia 24 czerwca 2008 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **BUD-KLIM Sp. z o.o., 03-707 Warszawa, ul. Floriańska 8/6**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczanego przez **BUD-KLIM Sp. z o.o., 03-707 Warszawa, ul. Floriańska 8/6,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BUD-KLIM Sp. z o.o., 03-707 Warszawa, ul. Floriańska 8/6.**

Uzasadnienie

Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „Termomodernizację - docieplenie ścian zewnętrznych i stropodachu oraz wymianę okien w budynku Ośrodka Szkoleniowo - Hotelowego WOIPiP w Warszawie ul. Reymonta 8”, zostało wszczęte przez Warszawską Okręgową Izbę Pielęgniarek i Położnych, ul. Nowy Świat 63, 00-042 Warszawa zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych za numerem 103980-2008 w dniu 16.05.2008 r.

W postępowaniu złożono 7 ofert, w dniu 18.06.2008 r. Zamawiający odrzucił 5 ofert i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej (z pośród 2 pozostałych), którą złożyła firma: Usługi Budowlane, Artur Sitarek, ul. Polna 6 m 11, 26-800 Białobrzegi 02 zwana dalej: „Usługi Budowlane, Artur Sitarek” informując o powyższym uczestników postępowania.

W dniu 24.06.2008 r. (wpływ bezpośredni) na podstawie przepisu art. 180 w związku z 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655) zwanej dalej: „Pzp” druga w rankingu oceny ofert firma: Bud - Klim Sp. z o.o., ul. Floriańska 8/6, 03-707 Warszawa zwana dalej: „Protestującym” albo „Odwołującym” złożyła protest na wybór najkorzystniejszej oferty.

Interes prawny Protestującego doznał uszczerbku, jak wskazał, gdyż jego oferta ma niższą cenę niż oferta wybrana jako najkorzystniejsza oraz powinna być oceniona jako oferta

najkorzystniejsza zgodnie z kryteriami przyjętymi przez Zamawiającego. Zaś Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, jego zdaniem, powinien zostać wykluczony z postępowania z powodu nie spełnienia przesłanek z art. 22 ust.1 pkt. 2 Pzp opisanych szczegółowo w SIWZ, a oferta ta powinna zostać uznana za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp.

W toku dalszej argumentacji:

Po pierwsze, Protestujący wskazał, iż Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty naruszył art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, to jest przygotował i przeprowadził postępowanie z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zamierza udzielić zamówienia wykonawcy, który został wybrany z naruszeniem przepisów Pzp.

Po drugie, naruszył również, według niego, art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp przyjmując bezpodstawnie, że Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz, że Wykonawca ten dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp w ten sposób, że nie wykluczył z postępowania Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, chociaż Wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania - utrzymując, że wykonał roboty wymienione w oświadczeniu z dnia 16.06.2008 r. w zakresie, terminie i o wartości tam wskazanej oraz nie złożył, mimo wezwania dokumentów potwierdzających posiadane doświadczenie zawodowe i wiedzę.

Po trzecie, Zamawiający uchybił również, zdaniem Protestującego, art. 96 Pzp poprzez niewypełnienie obowiązków w zakresie prowadzenia protokołu z postępowania.

Po czwarte, Zamawiający naruszył również art. 91 w związku z art. 2 pkt. 1 Pzp, w szczególności w ten sposób, że nie respektował ustawowej definicji „ceny” wskazanej w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97 poz.1050 ze zm.), dokonując w ramach kryterium cena własnych wyliczeń wysokości ceny ofertowej a nie porównywał cen podanych w ofercie, jak również posługując się ceną netto podczas otwarcia ofert, przy dokonywaniu oceny i przy porównywania ofert.

Wskazując powyższe Protestujący wniósł o:

a) uwzględnienie protestu; b) unieważnienie i uchylenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; c) powtórzenie czynności oceny ofert; d) wykluczenie z postępowania Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą oraz jej odrzucenie; e) wybór jako najkorzystniejszej oferty Protestującego.

W ramach uzasadnienia Protestujący podniósł, że wybrany wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ, jak również oferta jest niezgodna z treścią SIWZ.

Po pierwsze, Zamawiający sformułował jako jeden z warunków udziału w postępowaniu posiadanie przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia poprzez wykonanie w okresie ostatnich 5 lat lub gdy okres działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej dwóch robót budowlanych odpowiadających swym rodzajem i wartością robotom, stanowiącym przedmiot zamówienia. Oferta uznana za najkorzystniejszą nie przedstawiła co najmniej 2 robót odpowiadających swym rodzajem i wartością robotom, stanowiącym przedmiot zamówienia. Dopiero, jak wskazał Protestujący w wyniku wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów Usługi Budowlane, Artur Sitarek złożył oświadczenie z dnia 16.06.2008 r., że wykonał w 2006 r. kompleksowe docieplenie ścian i stropodachu budynku przy ul. Czarnomorskiej 17 w Warszawie na rzecz MSW Energetyka za kwotę 2 121 000 zł oraz że wykonał w 2005 r. za kwotę 2 042 000 zł termoizolację w technologii Drywit budynku mieszkalnego przy ul. Szekspira 2 w Warszawie na zlecenie Eko - Instal T. Kliś i M. Kliś Sp. jawna z siedzibą w Nowym Sączu. Jednakże, zdaniem Protestującego żadna z wyżej wymienionych realizacji nie odpowiada swym rodzajem i wartością robotom, stanowiącym przedmiot zamówienia. Żadna z tych realizacji, co wynika wprost z treści oświadczenia i załączonych listów referencyjnych, nie zawierała łącznie robót obejmujących docieplenie ścian zewnętrznych, docieplenie stropodachu i wymianę okien.

Powyższe oświadczenie nie odpowiada również, jak podniósł, stanowi faktycznemu.

MSM Energetyka realizowała termo modernizację budynku przy ul. Czarnomorskiej 17 w Warszawie wieloetapowo, a nie w ciągu tylko jednego roku kalendarzowego - roku 2006. Wartość realizacji w roku 2006 nie odpowiada kwocie wskazanej w oświadczeniu ani w liście referencyjnym. Okoliczności te nie znajdują potwierdzenia w dokumentach sporządzonych na okoliczność zawarcia umowy oraz rozliczenia robót, jak również w zeznaniach świadków.

WSM zleciła wykonanie robót na budynku przy ul. Szekspira 2 w Warszawie firmie Eko - Instal T. Kliś i M. Kliś Sp. jawna z siedzibą w Nowym Sączu i podpisała umowę tylko z tą firmą. Firma Eko - Instal T. Kliś i M. Kliś Sp. jawna z siedzibą w Nowym Sączu wystawiła inwestorowi WSM fakturę za wykonanie robót budowlanych z 7% stawką podatku VAT, a nie ze stawką 22%, co powinno mieć miejsce w sytuacji, gdyby rzeczywiście podzleciła wykonanie robót objętych umową ze Spółdzielni jakiegokolwiek podwykonawcy. WSM nie została również nigdy powiadomiona o zleceniu całości robót podwykonawcy: Usługi Budowlane, Artur Sitarek i w Spółdzielni brak jest dokumentu - zawiadomienia o zawarciu umowy między firmą Eko - Instal T. Kliś i M. Kliś Sp. jawna z siedzibą w Nowym Sączu (Wykonawca) a Usługi Budowlane, Artur Sitarek (podwykonawcą). Spółdzielnia nie wyrażała zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą - zgodnie z art. 674¹ k.c. Również z treści listu referencyjnego dotyczącego realizacji obiektu przy ul. Szekspira 2 w Warszawie wynika

wprost, że Usługi Budowlane, Artur Sitarek nie był wykonawcą całości robót, a tylko mógł co najwyżej wykonywać pewien fragment robót. Brak jest również dowodu, że to właśnie Usługi Budowlane, Artur Sitarek wykonał na tym obiekcie roboty za kwotę 2 042 000 zł, bo takiego oświadczenia list referencyjny nie zawiera. W jego treści jest tylko stwierdzenie, że łączna wartość wykonanych (tzn. robót wykonanych na tym obiekcie) wynosiła 2 042 000 zł. Przedmiotem robót na obiekcie przy Szekspira 2 była termoizolacja co nie jest tożsame w wymaganiach Zamawiającego w zakresie wykonania 2 robót odpowiadających swym rodzajem i wartością robotom, stanowiącym przedmiot zamówienia.

Po drugie, jak wskazał Protestujący w ofercie Usługi Budowlane, Artur Sitarek brak jest wskazania osoby, która posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi oraz do sprawowania samodzielnych funkcji w budownictwie w specjalności elektrycznej.

Po trzecie, cena oferty Usługi Budowlane, Artur Sitarek jest faktycznie dla Zamawiającego wyższa niż cena nominalna podana pierwotnie w formularzu ofertowym. Przedsiębiorca, który złożył wybrana ofertę ma obowiązek stosować przepisy ustawy z dnia 12.06.2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. Nr 139 poz.1323 z późn. zm.). Ustawa ta dopuszcza wyłącznie 30 - dniowy termin zapłaty w transakcjach handlowych, a począwszy od 31 - dnia wierzycielowi przysługują obligatoryjnie odsetki ustawowe. Zgodnie z przepisem art. 5 tej ustawy czynność prawna ograniczająca uprawnienia wierzyciela wynikające z ustawy jest nieważna. Odsetki ustawowe przysługują w wysokości odsetek za zwłokę określonej na podstawie art. 56 ustawy z dnia 29.08.1997r. Ordynacja podatkowa i wynoszą obecnie 14,5 % - zgodnie z Obwieszczeniem Ministra Finansów z dnia 27.03.2008 r. (M.P. Nr 28, poz. 262). Tak więc, Protestujący na tej podstawie wnioskuję, iż cenę oferty Usługi Budowlane, Artur Sitarek należałoby albo powiększyć o koszt obligatoryjnych odsetek ustawowych, które Zamawiający będzie musiał zapłacić, gdyby termin zapłaty wynosił 60 dni zgodnie z ofertą, albo też w trakcie dokonywania oceny tej oferty Zamawiający powinien uwzględnić jedynie 30 - dniowy termin zapłaty - zgodnie z powołaną wyżej ustawą.

Wskazane okoliczności, zdaniem Protestującego mają istotne znaczenie przy dokonywaniu czynności oceny ofert i należy je podnieść tylko z ostrożności procesowej, chociaż w ocenie Protestującego oferta wybrana nie powinna być w ogóle oceniana, ze względu na obowiązek jej wcześniejszego odrzucenia.

Powyższe wskazuje, iż ocena kryterium „warunki płatności” została przez Zamawiającego dokonana wadliwie.

Po czwarte, w ocenie Protestującego, Zamawiający również w sposób wadliwy dokonał oceny kryterium „ceny”, ponieważ dokonywał porównania tego kryterium wg ceny netto oraz w sposób nieuprawniony pomniejszył cenę oferowaną w wybranej ofercie o kwotę hipotetycznego skonta.

Z treści projektu umowy, zdaniem Protestującego, wynika, iż po rozstrzygnięciu postępowania Zamawiający nie przewiduje w istocie wprowadzenia skonta do umowy z wykonawcą, ani wydłużonego do 60-dni terminu płatności do umowy. Wynika to wprost z treści dokumentów pn. Harmonogram rzeczowo - finansowy na rok 2008 i Harmonogram płatności za wykonane roboty ocieplenie budynku przy ul. Reymonta nr 8 w Warszawie w 2008 r., które zostały przez Usługi Budowlane, Artur Sitarek złożone w dniu 17.06.2008 r. i przyjęte przez Zamawiającego jako wiążące. Zamawiający wymagał w SIWZ, aby do 10.12.2008 r. ostatecznie zostały wykonane roboty objęte zamówieniem.

Protestujący podniósł, iż gdyby Usługi Budowlane, Artur Sitarek dopuszczał 60 - dniowy termin zapłaty to powinien był wskazać w w/w dokumentach, że zapłata będzie dokonana w lutym 2009, a nie w grudniu 2008 r. Natomiast, gdyby zakładał, że dojdzie rzeczywiście do zastosowania skonta, pomniejszył wartość należnego mu wynagrodzenia o kwotę skonta, czego nie uczynił.

Po piąte, należy wskazać, zdaniem Protestującego, że harmonogram rzeczowo - finansowy załączony przez wybranego Wykonawcę był niezgodny z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w SIWZ, co skutkuje tym, że oferta jest niezgodna z SIWZ, a braku tego nie można uzupełnić i oferta taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Po szóste, Protestujący wskazuje również, że na skutek powyższych uchybień Zamawiający nieprawidłowo wyliczył punktację dla każdej z ocenianych ofert, w tym również oferty Protestującego i koniecznym jest poprzez powtórzenie czynności oceny ofert oraz dokonanie prawidłowego wyliczenia punktacji.

W dniu 26.06.2008 r. Zamawiający faxem i wysłał pocztą pisemnie uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Żadne przystąpienia do postępowania protestacyjnego nie miały miejsca.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 01.07.2008 r. faxem, poprzez jego:
Po pierwsze uwzględnienie w części dotyczącej:

1. unieważnienie i uchylenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2. powtórzenia czynności oceny ofert.

W ramach uzasadnienia Zamawiający stwierdził, iż w sposób wadliwy dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w aspekcie przyjęcia harmonogramu sporządzonego niezgodnie z wytycznymi SIWZ. Pozostałe zastrzeżenia ujęte w proteście zostaną rozpatrzone podczas ponownej oceny ofert.

Po drugie odrzucenie w części dotyczącej:

1. wykluczenia z postępowania Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą;
2. wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez Protestującego.

W ramach uzasadnienia Zamawiający stwierdził, iż obydwie czynności mogą być dokonane po ponownej ocenie ofert.

W dniu 04.07.2008 r. (wpływ bezpośredni) Odwołujący na częściowe uwzględnienie i częściowe odrzucenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie zawarł w rozstrzygnięciu protestu uzasadnienia oraz pouczenia o sposobie i terminie wniesienia odwołania - zgodnie z dyspozycją art. 183 ust. 4 Pzp. Ponadto, Pzp nie zna konstrukcji uwzględnienia protestu w pewnej części z jednoczesnym odrzuceniem protestu w pozostałej części.

Nadto z treści rozstrzygnięcia protestu oraz z okoliczności sprawy wynika, że mimo oświadczenia Zamawiającego, iż protest uwzględnił w części, to jednak w rzeczywistości protestu nie uwzględnił, skoro nie wykonał bezprawnie zaniechanej czynności wykluczenia z postępowania Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą oraz jej odrzucenia, jak również wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego. Zamawiający nie miał także, zdaniem Odwołującego, żadnych podstaw faktycznych ani prawnych, o których mowa a art. 180 ust. 7 Pzp, do odrzucenia protestu, a tym bardziej odrzucenia protestu w pewnej części.

Odwołujący wskazał także, iż poprzez czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dokonaną z naruszeniem Pzp oraz przez wadliwie wykonane przez Zamawiającego czynności oraz bezprawne zaniechania opisane w proteście interes prawny Odwołującego doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, w tym wykluczenia z postępowania Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą oraz jej odrzucenia, oferta Odwołującego na podstawie kryteriów oceny ofert wskazanych przez Zamawiającego, zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący stwierdził, iż ma interes prawny w złożeniu niniejszego odwołania, bowiem Zamawiający nie uwzględnił żądań zawartych w proteście, mimo iż zawiadamia i oświadcza, że protest został uwzględniony. Gdyby Zamawiający rzeczywiście protest

uwzględnił, to powinien był nie tylko unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, ale jednocześnie był obowiązany do wykluczenia z postępowania Wykonawcy wybranego oraz dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający w trakcie postępowania wezwał wykonawców w trybie wskazanym w art. 26 ust. 3 Pzp, w tym również Usługi Budowlane, Artur Sitarek, do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, dotyczących potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadaj wiedzy i doświadczenia. Zamawiający nie mógł zatem po raz drugi wzywać do wykonania tej czynności. Nie istniały więc żadne przeszkody, aby wszystkie żądania i zarzuty protestu nie zostały rozpoznane przez Zamawiającego łącznie.

Jeżeli nie zachodzą przesłanki do odrzucenia protestu wymienione enumeratywnie w art. 180 ust. 7 Pzp, to Zamawiający rozstrzyga protest merytorycznie. Zamawiający może oczywiście rozstrzygnąć protest „w sposób milczący” - zgodnie z art. 183 ust. 3 Pzp, kiedy w terminie ustawowym na rozstrzygnięcie protestu, nie zajmuje żadnego stanowiska. Kiedy jednak Zamawiający, zdaniem Odwołującego, w terminie ustawowym na rozstrzygnięcie protestu, informuje o uwzględnieniu protestu, jednak bez wskazania w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu swojego stanowiska co do podniesionych oraz zgłoszonych w proteście żądań, jednocześnie nie dokonując żadnej czynności, która świadczyłaby rzeczywiście o uwzględnieniu protestu, to Wykonawca ma prawo twierdzić, że do uwzględnienia protestu nie doszło i czynność taka była tylko pozorna.

Odwołujący stwierdził, iż jeżeli w takiej jak wskazana sytuacji Wykonawca, który złożył protest nie wniesie odwołania, to utraci w przyszłości uprawnienie do korzystania ze środków ochrony prawnej w zakresie żądań i zarzutów objętych protestem.

W niniejszej sprawie Zamawiający, zdaniem Odwołującego – za orzeczeniem Zespołu Arbitrów, zastosował metodę rozstrzygania protestu „na raty”. W pierwszej fazie podjął bowiem decyzję o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie przystąpił do badania oferty IMEX BIS pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu i jej zgodności z zapisami SIWZ. Dopiero po przeprowadzeniu takiego dodatkowego postępowania wyjaśniającego zdecydował się na ostateczne rozstrzygnięcie protestu. Zastosowanie takiej procedury Zespół Arbitrów uznał za sprzeczne z ustawą Prawo zamówień publicznych, a w szczególności z art. 183 ust. 5 pkt 2 tej ustawy (wyrok ZA z dnia 21.11.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2796/06).

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni).

W dniu 08.07.2008 r. Zamawiający przesłał faxem i wysłał pocztą pisemnie uczestnikom postępowania przetargowego kopię odwołania i wezwał ich do udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia do postępowania odwoławczego nie miały miejsca.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią ofert i po wysłuchaniu oświadczeń woli, jak i stanowiska stron i uczestników postępowania na posiedzeniu i rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że: „Podzielając stanowisko zawarte w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych z 2004 r. „Środki ochrony prawnej – poradnik”, autorstwa Waldemara Łysakowskiego rozdział III skład orzekający uznał, iż brak jest materialno-prawnej przesłanki warunkującej skuteczność wniesienia środka ochrony prawnej przez Odwołującego w postaci interesu prawnego (art. 179 ust. 1). W związku z tym, stosując wykładnię gramatyczną i systemową powołanego wyżej przepisu, należy przyjąć, że wykazanie przez Odwołującego interesu prawnego jest jego obowiązkiem przy korzystaniu z każdego środka ochrony prawnej. Charakter prawny wymienionej przesłanki oznacza, że jej niewykazanie przez wnoszącego środek ochrony prawnej skutkuje oddaleniem wniesionego środka ochrony prawnej nawet wtedy, gdy środek ten jest merytorycznie uzasadniony, tj. zostało wykazane naruszenie przez zamawiającego przepisów Ustawy PZP, czy przepisów zawartych w aktach wykonawczych wydanych na tej podstawie.” (wyrok KIO z dnia 19.12.2007 r., sygn. akt. KIO/UZP 1431/07). Ponadto, z uwagi na materialno - prawny charakter interesu prawnego podlega on rozpoznaniu na rozprawie.

W przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący wnosił, o:

a) uwzględnienie środka ochrony prawnej; b) unieważnienie i uchylenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; c) powtórzenie czynności oceny ofert; d) wykluczenie z postępowania Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą oraz jej odrzucenie; e) wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Zamawiający w ramach rozstrzygnięcia protestu uwzględnił wnioski o:

1. unieważnienie i uchylenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. powtórzenie czynności oceny ofert.

Stwierdzając, iż w sposób wadliwy dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w aspekcie przyjęcia harmonogramu sporządzonego niezgodnie z wytycznymi SIWZ, zapowiadając rozpatrzenie dalszych zastrzeżeń podczas ponownej oceny ofert.

Ponadto odrzucił wniosek o:

1. wykluczenia z postępowania Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą;
2. wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Stwierdzając, iż obydwie czynności mogą być dokonane po ponownej ocenie ofert.

Interes prawny istnieje wówczas, gdy w konkretnym, toczącym się postępowaniu, w wyniku naruszenia prawa przez Zamawiającego Wykonawca traci możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą (por. SO w Białymstoku z 31.03.2006 r., sygn. akt: II Ca 104/06, SO w Warszawie z 21.03.2006 r., sygn. akt: V Ca 2402/05). W przedmiotowym stanie faktycznym nie miało to miejsca.

Zamawiający uwzględniając częściowo protest uczynił zadość żądaniom Odwołującego w zakresie zgodnym z jego interesem prawnym. Częściowe odrzucenie protestu było wynikiem niemożności niezwłocznego uwzględnienia protestu w całości z uwagi na konieczność przeprowadzenia ponownej czynności badania i oceny ofert. W części nieuwzględnionej żądania były przedwczesne. Dopiero w wyniku ponownego badania i oceny ofert mogło nastąpić wykluczenia z postępowania Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą i odrzucenie jego oferty oraz wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego. Powyższe czynności z uwagi na art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp mogły mieć miejsce dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione, co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym. Mimo wyczerpania przez Zamawiającego trybu wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp powinien on odczekać z wykonaniem czynności będących rezultatem częściowego uwzględnienia z uwagi na art. 182 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp, czyli jeżeli nie wniesiono odwołania - powinno to nastąpić - z upływem terminu do wniesienia odwołania, a w przypadku wniesienia odwołania z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku Izby. Z w/w względów należy uznać za błędne zawarte w odwołaniu stanowisko Odwołującego o konieczności jednoczesnego dokonania przez Zamawiającego czynności, które świadczyłaby rzeczywiście o uwzględnieniu protestu. Także teza o pozornym uwzględnieniu protestu jest także błędna, gdyż z innych czynności dokonanych przez Zamawiającego nie wynika, iż zaniechał on dokonania czynności, do której był obowiązany zgodnie z swoim rozstrzygnięciem. Ponadto, Izba zauważa, iż uwzględniając częściowo protest Zamawiający poinformował także Odwołującego, iż uznaje co najmniej jeden z zarzutów zawartych w proteście wobec oferty uznanej za najkorzystniejszą, przesądzając tym samym o jej odrzuceniu.

Stanowisko Odwołującego, iż jeżeli w takiej jak wskazana sytuacji Wykonawca, który złożył protest nie wniesie odwołania, to utraci w przyszłości uprawnienie do korzystania ze środków ochrony prawnej w zakresie żądań i zarzutów objętych protestem, także nie jest do końca trafne. Po pierwsze, art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp ma na celu umożliwienie wnoszenia środków ochrony prawnej w zakresie nieuwzględnionym. Po drugie, tak jak w przedmiotowym stanie faktycznym, w wypadku dokonania przez Zamawiającego (co jak wynika z akt sprawy nie miało miejsca) ponownego wyboru oferty Usługi Budowlane, Artur Sitarek przysługiwałby Odwołującemu środek ochrony prawnej na czynność nową - nowa

okoliczność - tj. czynność dokonaną niezgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Po trzecie, tak jak w przedmiotowym stanie faktycznym (co jak wynika z akt sprawy miało miejsce), w wypadku wykluczenia z postępowania Wykonawcy, pierwotnie wybranego i odrzucenia tak oferty Usługi Budowlane, Artur Sitarek (zgodnie z żądaniem Odwołującego), jak i wykluczenia z postępowania i odrzucenie oferty Odwołującego oraz unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przysługiwałby Odwołującemu środek ochrony prawnej na wyżej wskazane czynności.

Powołane orzeczenie przez Odwołującego wskazuje właśnie na sytuację taką, iż Zamawiający nie mając względu na konieczność ostatecznego rozstrzygnięcia protestu przeprowadził postępowanie wyjaśniające, co zostało zakwestionowane przez skład orzekający i było podstawą uwzględnienia odwołania.

W przedmiotowym stanie faktycznym natomiast, Zamawiający nie uwzględnił protestu w całości z uwagi na przedwczesność części żądań, tj. wykluczenia z postępowania Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą i odrzucenie jego oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego. Późniejsze działania Zamawiającego, jak wynika z akt sprawy, były po pierwsze efektem działań samego Odwołującego – pismo Odwołującego z dnia 02.07.2008 r. o określenie terminu w jakim Zamawiający dokona ponownego badania i oceny, po drugie Odwołujący nie tracąc prawa do wnoszenia środków ochrony prawnej oprotestował (08.07.2008 r.) rezultat ponownego badania i oceny ofert, tj. nie samo wykluczenie z postępowania Wykonawcy, pierwotnie wybranego i odrzucenie oferty Usługi Budowlane, Artur Sitarek (dokonane zgodnie z żądaniem Odwołującego), ale wykluczenie z postępowania i odrzucenie oferty Odwołującego oraz unieważnienie postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp (czynności Zamawiającego z dnia 03.07.2008 r., o których poinformował Odwołującego faxem w dniu 04.07.2008 r.).

Ponadto, Izba podkreśla, że istnienie interesu prawnego powinno być nadto udowodnione, a nie tylko uprawdopodobnione (wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 16.06.2005 r., sygn. akt: II Ca 327/05).

Z uwagi na brak interesu prawnego Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku odnoszenia się merytorycznie do podniesionych przez Odwołującego zarzutów, co też czyni opierając się w tym względzie na wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 05.05.2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08: „Mając na uwadze powyższe rozważania należy wskazać, iż prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie został wskazany przez niego fakt naruszenia jego interesu prawnego (...). W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko

i wyłącznie już z tego względu. Nie mniej w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku Izba, oprócz powyższej kwestii odniosła się również w sposób merytoryczny do podniesionych przez odwołującego zarzutów, czego w świetle powyższego nie musiała już czynić”.

Mając powyższe na uwadze, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji nie uwzględniając odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. 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 późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~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*