

Sygn. akt: KIO/UZP 77/09

## POSTANOWIENIE

z dnia 29 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Luiza Łamejko
Członkowie:	Emil Kuriata Izabela Niedziałek
Protokolant:	Dorota Witak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **29 stycznia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: POLDIM S.A., Tarnów, ul. Kochanowskiego 37A i Jednostka Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o., Tarnów, ul. Kwiatkowskiego 8** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Szczucin, Szczucin, ul. Wolności 3** protestu z dnia 29 grudnia 2008 r.

orzeka:

**1. Odrzuca odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: POLDIM S.A., Tarnów, ul. Kochanowskiego 37A i Jednostka Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o., Tarnów, ul. Kwiatkowskiego 8 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 uiszczanego przez **Konsorcjum firm: POLDIM S.A., Tarnów, ul. Kochanowskiego 37A i Jednostka Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o., Tarnów, ul. Kwiatkowskiego 8**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 35 426 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: POLDIM S.A., Tarnów, ul. Kochanowskiego 37A i Jednostka Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o., Tarnów, ul. Kwiatkowskiego 8.**

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

Zamawiający tj. Gmina Szczucin prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zabezpieczenie odpadów azbestowych na drogach na terenie gminy Szczucin – etap II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 sierpnia 2008 r. pod numerem 2008/S 159-214987.

W dniu 23 grudnia 2008 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu z udziału w postępowaniu Konsorcjum firm: POLDIM S.A. i Jednostka Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o. zwanego dalej Konsorcjum POLDIM na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp oraz o odrzuceniu oferty ww. Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, iż Konsorcjum POLDIM, mimo wezwania dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp złożyło dokumenty nie spełniające wymogów Zamawiającego. Powyższe dotyczy:

1. oświadczenia POLDIM S.A. z dnia 29 września 2007 r.,
2. oświadczenia Jednostki Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o. z dnia 26 września 2007 r. podpisanego przez Prokurenta - panią Marię P.,  
o korzystaniu w części zamówienia finansowanej z EkoFunduszu z dostawców lub wykonawców ze Stanów Zjednoczonych, Szwajcarii, Norwegii i/lub krajów Unii Europejskiej,
3. dokumentów, z których wynika, że pani Maria P. jest upoważniona do działania w charakterze Prokurenta spółki Jednostka Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o. tj. kopii odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 26 września 2008 r., w którym w rubryce 3 *Prokurenci* wpisana jest Maria P., kopii wniosku o zmianę danych podmiotu w rejestrze przedsiębiorców przekazanego do sądu w dniu 8 sierpnia 2008 r. oraz kopii Uchwały nr 14/2008 Zarządu Jednostki Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o. z dnia 24 lipca

2008 r. w sprawie udzielenia prokury pani Marii P., uprawnionej do występowania w charakterze prokurenta ww. spółki od dnia 24 lipca 2008 r.

W tym samym dniu Zamawiający poinformował również o unieważnieniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Z powyższymi decyzjami Zamawiającego nie zgodziło się Konsorcjum POLDIM, które wniosło w dniu 29 grudnia 2008 r. protest wobec następujących czynności Zamawiającego:

- zaniechania poprawienia omyłek pisarskich dotyczących dat oświadczeń o korzystaniu przy wykonywaniu zamówienia w części finansowanej przez EkoFundusz z dostawców lub wykonawców ze Stanów Zjednoczonych, Szwajcarii, Norwegii i/lub krajów Unii Europejskiej, złożonych przez Konsorcjum POLDIM, co stanowi naruszenie art. 87 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp, względnie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp,
- wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum POLDIM z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji uznania oferty Protestującego za odrzuconą z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.
- unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem art. 91 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp.

Protestujący przyznał, iż oświadczenia członków Konsorcjum POLDIM o korzystaniu przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia w części finansowanej przez EkoFundusz z dostawców lub wykonawców ze Stanów Zjednoczonych, Szwajcarii, Norwegii i/lub krajów Unii Europejskiej istotnie oznaczone są datami odpowiednio 26 września 2007 r. (oświadczenie POLDIM S.A.) oraz 29 września 2007 r. (oświadczenie Jednostki Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o.), stwierdzając jednocześnie, że oczywiste jest w niniejszej sprawie, iż popełniono omyłkę pisarską dotyczącą ostatniej cyfry ww. dat tj. wpisano cyfrę „7” zamiast cyfry „8”, w konsekwencji czego w dacie oświadczeń zamiast roku 2008 widnieje rok 2007. Oczywistość tej omyłki wynika, zdaniem Protestującego, z opisu stanu faktycznego w uzasadnieniu informacji Zamawiającego o wykluczeniu Protestującego z udziału w postępowaniu z dnia 23 grudnia 2008 r., bowiem sam Zamawiający przyznał w niej, iż przedmiotowe oświadczenia zostały przez Protestującego uzupełnione na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 25 września 2008 r., które jako termin uzupełnienia wskazywało datę 30 września 2008 r. Protestujący zwrócił uwagę na fakt, że Zamawiający przyznał w ww. piśmie, iż wymagane przez niego dokumenty, w tym oświadczenia, zostały przesłane przez Protestującego w dniu 29 września 2008 r. wraz z pismem oznaczonym POLDIM/DO/652/08. Protestujący stwierdził, iż z pisma tego wprost wynika, że dotyczy ono przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i stanowi odpowiedź na wezwanie Zamawiającego. Wobec powyższego, w ocenie

Protestującego, nie powinien budzić wątpliwości fakt, iż oświadczenia POLDIM S.A. oraz Jednostki Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o. dołączone do pisma Protestującego z dnia 29 września 2008 r. również dotyczą przedmiotowego postępowania.

O popełnionej omyłce pisarskiej świadczy również, zdaniem Protestującego, zbieżność dat dotyczących dnia i miesiąca: wezwania Zamawiającego do uzupełnienia m. in. oświadczeń (25 września), odpowiedzi Protestującego na wezwanie (29 września) oraz samych oświadczeń (odpowiednio 26 września i 29 września). Dodatkowym argumentem uzasadniającym twierdzenie Protestującego jest fakt podpisania takiego oświadczenia w imieniu Jednostki Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o. przez Prokurenta Spółki – panią Marię P. Zwrócił uwagę, iż pani Maria P. pełniła funkcję Prokurenta w Jednostce Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o. od dnia 24 lipca 2008 r., co przyznał sam Zamawiający w piśmie z dnia 23 grudnia 2008 r., nie mogła zatem podpisać przedmiotowego oświadczenia w 2007 r. Protestujący stwierdził także, że nie ma wiedzy w oparciu o jakie dokumenty Zamawiający stawia twierdzenia o kręgu osób upoważnionych do reprezentowania Jednostki Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o. w 2007 r., skoro informacja taka nie wynika z dokumentów dołączonych do oferty Protestującego.

Protestujący wywiódł, iż popełniona omyłka pisarska powinna zostać poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Z ostrożności, na wypadek wątpliwości Zamawiającego co do możliwości zakwalifikowania omyłek w dacie złożonych oświadczeń jako omyłek pisarskich, Protestujący wskazał na możliwość dokonania poprawy również na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Protestującego, wobec możliwości dokonania poprawienia omyłek pisarskich oraz uznania, w konsekwencji powyższego, iż brak podstaw do wykluczenia Protestującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, uznać należy, iż unieważnienie postępowania zostało dokonane z naruszeniem art. 91 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Protestujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia Protestującego z udziału w postępowaniu,
- 3) powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 4) dokonanie wyboru oferty Protestującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 7 stycznia 2008 r. uznając go za niedopuszczalny na podstawie art. 180 ust. 6 ustawy Pzp tj. jako wniesiony po zawarciu umowy o zamówienie publiczne, na co Zamawiający otrzymał w dniu 31 października 2008 r.

zgodę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Ww. decyzji Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nadał rygor natychmiastowej wykonalności.

Z powyższą decyzją nie zgodziło się Konsorcjum POLDIM, które wniosło w dniu 15 stycznia 2009 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

- błędne uznanie protestu za niedopuszczalny, a tym samym brak jego merytorycznego rozpatrzenia, co stanowi naruszenie art. 180 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 183 ust. 2 i art. 182 ust. 3 ustawy Pzp,
- zaniechanie przeprowadzenia procedury poprawienia omyłek pisarskich dotyczących dat oświadczeń o korzystaniu przy wykonywaniu zamówienia w części finansowanej przez EkoFundusz z dostawców lub wykonawców ze Stanów Zjednoczonych, Szwajcarii, Norwegii i/lub krajów Unii Europejskiej, złożonych przez POLDIM S.A. oraz Jednostkę Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o., co stanowi naruszenie art. 87 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp względnie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp,
- wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp,
- unieważnienie postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście, a ponadto wywiódł, iż wprawdzie ustawa Pzp uznaje wniesienie protestu po zawarciu umowy za niedopuszczalne, jednakże zamknięcie drogi do skorzystania ze środków ochrony prawnej wiąże wyłącznie z prawidłowym zawarciem umowy. Zwrócił uwagę, iż o prawidłowym zawarciu umowy można mówić między innymi wówczas, gdy zostanie ona zawarta we właściwym czasie, co reguluje art. 94 ust. 1 ustawy Pzp przewidując, że Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty. W niniejszej sprawie umowa nie została zawarta w trybie i terminie przewidzianym w art. 94 ust. 1 ustawy Pzp, ale ze względów szczególnych wskazanych w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp w terminie wcześniejszym.

Odwołujący wskazał także, że zawarcie umowy nie stanowiło dla Zamawiającego przeszkody do uznania za dopuszczalny protestu Odwołującego z dnia 12 grudnia 2008 r., mimo że został on wniesiony po zawarciu umowy.

Wskazując na powyższe uchybienia Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu,
- powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,

- dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,  
a także o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Analizując dokumentację postępowania Izba dokonała następujących ustaleń:

Pierwotne rozstrzygnięcie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nastąpiło w dniu 1 października 2008 r. Zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum firm: MOTA-ENGIL Polska S.A. i Środowisko i Innowacje Sp. z o.o.

Przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestów wniesionych na ww. czynność Zamawiający zwrócił się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w trybie art. 182 ust. 3 ustawy Pzp o wyrażenie zgody na zawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych decyzją z dnia 31 października 2008 r. wyraził na powyższe zgodę nadając swej decyzji rygor natychmiastowej wykonalności.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego nr UG.PRI 2226/1/103/2008 została zawarta w dniu 4 listopada 2008 r.

Rozpoznając odwołania wniesione od rozstrzygnięcia protestów złożonych wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 13 listopada 2008 r. uwzględniła odwołania (sygn. akt KIO/UZP 1198/09, KIO/UZP 1263/08).

Rozpatrując na posiedzeniu przesłanki formalne wniesienia odwołania Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp.

Postępowanie odwoławcze zawisłe przed Krajową Izbą Odwoławczą wywołane zostało protestem wniesionym w dniu 29 grudnia 2008 r. tj. po dniu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym z naruszeniem art. 180 ust. 6 ustawy Pzp. Należy zwrócić uwagę, iż sam ustawodawca ww. przepisie pozbawił wykonawców możliwości skutecznego wniesienia protestu po zawarciu umowy. Tym samym zamknięta została droga do korzystania ze środków ochrony prawnej w trybie ustawy Pzp. Wskazać przy tym należy, że zawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu w sytuacji wyrażenia na powyższe zgody przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (obecnie Krajową Izbę Odwoławczą) jest trybem zawarcia umowy przewidzianym ustawą Pzp (art. 182 ust. 3 ustawy Pzp).

Zakres regulacji ustawy Pzp obejmuje proces nabywania dóbr oraz świadczeń przez podmioty realizujące zadania publiczne, od momentu wystąpienie zapotrzebowania, przez przygotowanie postępowania, przeprowadzenie procedury wyboru oferty najkorzystniejszej, po jej wybór i zawarcie odpłatnej umowy. Zawarcie umowy jest zatem celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i kończy to postępowanie. Środki ochrony prawnej rozstrzygane na gruncie ustawy Pzp przysługują podmiotom określonym w art. 179 ustawy Pzp na czynności Zamawiającego podejmowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe potwierdza fakt, iż każdy podmiot składający środek ochrony prawnej zobowiązany jest do wykazania swego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia.

Z uwagi na fakt, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zabezpieczenie odpadów azbestowych na drogach prowadzone przez Gminę Szczucin zostało zakończone Izba uznała, iż czynności podejmowane przez Zamawiającego po dacie zawarcia umowy tj. po zrealizowaniu celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie stanowią czynności dokonanych w toku postępowania, zatem nie mogą być zaskarżone w trybie ustawy Pzp. W art. 180 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca jednoznacznie określił, iż zakres przedmiotowy zaskarżenia wskazując na czynności podjęte lub zaniechane w postępowaniu. Wobec powyższego, z uwagi na fakt skutecznego zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dalsze działania Zamawiającego nie wywołują skutków prawnych w postępowaniu i umowie zawartej z wybranym wykonawcą. Wszelkie roszczenia stron wynikające z zawartej umowy nie leżą w kompetencji Krajowej Izby Odwoławczej i powinny być rozpoznawane na drodze sądowej.

Jednocześnie Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp uznając Konsorcjum POLDIM, wykonawcę, który ubiegał się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, za podmiot uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy Pzp na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Tarnowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....