

Sygn. akt: KIO/UZP 375/09

POSTANOWIENIE
z dnia 3 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Luiza Łamejko
Anna Majstrowicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 3 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **EIFFAGE Budownictwo Mitex S.A., ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Papieska Akademia Teologiczna w Krakowie, ul. Kanoniczna 25, 31-002 Kraków** protestu z dnia 2 marca 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Chemobudowa-Kraków S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **EIFFAGE Budownictwo Mitex S.A., ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa** 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 **EIFFAGE Budownictwo Mitex S.A., ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa**,
- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,~~
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) 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 **EIFFAGE Budownictwo Mitex S.A., ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa**.

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

Zamawiający – Papieska Akademia Teologiczna w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Dokończenie budowy biblioteki Papieskiej Akademii Teologicznej w Krakowie, os. Pychowice, ul. Bobrzyńskiego 10*”, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 11 września 2008 roku pod numerem 2008/S 176 - 234256.

W dniu 23.12.2008r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Chemobudowę - Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie.

W dniu 30.12.2008r. do Zamawiającego wpłynęły protesty wykonawców:

1. Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie oraz
2. Eiffage Budownictwo MITEX S.A.

W dniu 31 grudnia 2008r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wniesieniu protestów i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniach toczących się w wyniku wniesienia tych protestów.

W dniu 03 stycznia 2009 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestów przystąpiła Chemobudowa - Kraków S.A., wnosząc o ich oddalenie.

Do postępowania wywołanego wniesieniem protestu przez Instal Kraków S.A., Wykonawca Eiffage Budownictwo MITEX nie zgłosił przystąpienia.

Pismem z dnia 08 stycznia 2009 r. Zamawiający protesty rozstrzygnął, przy czym Przystępujący Wykonawca: Chemobudowa - Kraków S.A. otrzymał rozstrzygnięcie faksem, w dniu 09 stycznia 2009 r.

Dnia 19 stycznia 2009 r. Przystępujący Wykonawca: Chemobudowa - Kraków S.A. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestów, jednakże

oświadczeniem z dnia 26 stycznia 2009r. sprostował, iż odwołanie złożył od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu wniesionego przez Instal Kraków S.A.

W dniu 2 lutego 2009r. Eiffage Budownictwo MITEX S.A. zgłosiła do Prezesa Urzędu przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie to zostało przekazane Zamawiającemu w dniu 2 lutego 2009r., za pomocą faksu, oraz w dniu 3 lutego 2009 r. przed otwarciem posiedzenia – na piśmie. Kopię zgłoszenia Wykonawca Eiffage Budownictwo MITEX S.A. przekazał również Odwołującemu Wykonawcy: Chemobudowa - Kraków S.A., przed otwarciem posiedzenia składu orzekającego Izby.

Skład orzekający Izby w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 97/09 uznał, iż zgłoszenie przystąpienia do odwołania złożone przez Eiffage Budownictwo MITEX S.A. jest nieskuteczne, bowiem nie zostało poprzedzone przystąpieniem tego Wykonawcy do postępowania protestacyjnego wywołanego wniesieniem protestu przez Instal Kraków S.A.

Dnia 23 lutego 2009 roku Zamawiający poinformował Wykonawców o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez Wykonawcę Chemobudowa - Kraków S.A.

Dnia 2 marca 2009 roku Wykonawca Eiffage Budownictwo MITEX S.A. wniósł protest wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegających na:

- 1) dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej Chemobudowa - Kraków S.A. z naruszeniem prawa,
- 2) braku wykluczenia firmy Chemobudowa - Kraków S.A. z przedmiotowego postępowania,
- 3) braku odrzucenia oferty firmy Chemobudowa - Kraków S.A.

Czynności powyższe, zdaniem Protestującego naruszają przepisy:

1. art. 7 ust. 1 i 3,
2. art. 24 ust. 2 pkt. 2 w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2,
3. art. 24 ust. 4,
4. art. 89 ust. 1 pkt. 5, a w konsekwencji w przypadku podpisania umowy z wybranym wykonawcą umowa ta będzie nieważna na podstawie art. 145 ust. 1 pkt. 5 i 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowo wskazał, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jest nieważna z mocy prawa bowiem uprawomocniła się decyzja Zamawiającego w zakresie uwzględnienia protestu wniesionego w dniu 30 grudnia 2008 r. przez Eiffage Budownictwo Mitex S.A. na czynność wyboru oferty firmy Chemobudowa - Kraków S.A..

Od uwzględnienia protestu wniesionego przez Eiffage Budownictwo Mitex S.A. Chemobudowa - Kraków S.A. nie wniosła odwołania co zgodnie z brzmieniem art. 182 ust. 2 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na uprawomocnienie się czynności odrzucenia oferty Chemobudowa - Kraków S.A..

Wobec powyższego wniosł o:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. Wykluczenie lub odrzucenie oferty Chemobudowa - Kraków S.A.,
3. Dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty Eiffage Budownictwo jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Dnia 10 marca 2009 roku Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 12 marca 2009 roku Wykonawca Chemobudowa - Kraków S.A. przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wnosząc o odrzucenie protestu.

Zamawiający pismem z dnia 13 marca 2009 roku protest odrzucił, wskazując jako podstawę przepis art. 180 ust. 7 w związku z art. 181 ust. 6 i art. 181 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uzasadniając wskazał, iż w dniu 31.12.2008 r. Zamawiający poinformował "Eiffage Budownictwo Mitex" S.A. o wniesieniu przez firmę Instal Kraków S.A. protestu i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu wszczętym w wyniku wniesienia tego protestu. Instal Kraków S.A. podniósł m.in. zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Chemobudowy – Kraków S.A. z powodu nie dysponowania wymaganym personelem. W tym zakresie Instal Kraków S.A. zarzucił Chemobudowie Kraków S.A. brak spełnienia warunku posiadania kierownika robót w zakresie instalacji sanitarnych i wentylacyjnych. Instal Kraków S.A. zarzucił, iż Chemobudowa Kraków S.A. wskazując jako kierownika tych robót p. Lucjana T. podała nieprawdziwe informacje. Spółka "Eiffage Budownictwo Mitex" S.A. do postępowania nie przystąpiła. W związku z tym, stosownie do

brzmienia art. 181 ust 7 ustawy Prawo zamówień publicznych spółka "Eiffage Budownictwo Mitex" S.A. nie może wnieść protestu powołując się na te same okoliczności, które podniesione były w proteście złożonym przez Instal Kraków S.A.

Protest, zdaniem Zamawiającego podlega odrzuceniu również z uwagi na brzmienie art. 180 ust 7 w związku z art. 181 ust 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez Instal Kraków S.A., do którego Protestujący "Eiffage Budownictwo Mitex" S.A. nie przystąpił, Zamawiający dokonał czynności ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Na czynność tą Protestującemu "Eiffage Budownictwo Mitex" S.A. nie przysługuje zatem środek ochrony prawnej. Wskazał również, iż zarzut dotyczący niespełnienia przez Chemobudowę Kraków S.A. warunku dysponowania kierownikiem robót w zakresie instalacji sanitarnych i wentylacyjnych został przez Zamawiającego dokładnie zbadany w toku postępowania przetargowego w związku z wniesieniem przez Instal Kraków S.A. protestu. W oparciu o dokumenty będące w posiadaniu Zamawiającego, Zamawiający uznał, iż Chemobudowa Kraków S.A. spełniła wymogi stawiane w SIWZ, dotyczące posiadania wymaganego potencjału osobowego w tym kierownika robót w zakresie instalacji sanitarnych i wentylacyjnych. Nie zgodził się z twierdzeniem Protestującego, iż Chemobudowa Kraków S.A. złożyła nieprawdziwe oświadczenie i wykorzystwała bez zgody p. Lucjana T. dokumenty go dotyczące. W tym zakresie Zamawiający zwrócił uwagę na zapis art. 61 § 1 Kodeksu Cywilnego, który stanowi, że oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią.

Załączone do protestu Instal Kraków S.A. oświadczenia p. Lucjana T. noszą datę późniejszą niż data złożenia przez Chemobudowę Kraków S.A. kwestionowanego przez Protestującego oświadczenia. W tych okolicznościach twierdzenie Protestującego nie znajduje uzasadnienia.

Zamawiający, odnosząc się do zarzutu Protestującego "Eiffage Budownictwo Mitex" S.A., iż czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty Chemobudowy - Kraków S.A. jest nieważna bowiem uprawomocniła się decyzja Zamawiającego w zakresie uwzględnienia protestu wniesionego przez Protestującego w dniu 30.12.2008 r. Zamawiający wskazuje na następujące fakty.

Zamawiający uwzględnił protest "Eiffage Budownictwo Mitex" S.A. z dnia 30.12.2008 r. jedynie w zakresie zarzutu braku w ofercie Chemobudowy - Kraków S.A. pozycji 119A kosztorysu budowlanego. W pozostałym zakresie protest został oddalony. Wśród zarzutów, które uwzględnił Zamawiający w proteście Instal Kraków S.A. był również zarzut braku w ofercie Chemobudowy-Kraków S.A. pozycji 119A kosztorysu budowlanego. Skutkiem

uwzględnienia części zarzutów stawianych w ww. protestach była czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu czynności wyboru i odrzuceniu oferty Chemobudowy Kraków S.A. Czynność ta została zaskarżona przez Chemobudowę Kraków SA w odwołaniu z dnia 19.01.2009 r. W odwołaniu Chemobudowa Kraków S.A. zaskarżyła m.in. uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutu braku w ofercie Chemobudowy-Kraków SA pozycji 119A kosztorysu budowlanego.

Wobec powyższego nie można uznać, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Chemobudowy - Kraków S.A. uprawomocniła się. Wyrokiem z dnia 6.02.2009 r. (KIO/UZP 97/09) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Chemobudowy - Kraków S.A. i nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Chemobudowy Kraków S.A. Jak czytamy w uzasadnieniu wyroku „(...)brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia decyzji o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej”.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 23 marca 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając czynności odrzucenia protestu naruszenie przepisu art. 180 ust. 7 w związku z art. 181 ust. 6 i art. 181 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt. 2 w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt. 5, a w konsekwencji w przypadku podpisania umowy z wybranym wykonawcą umowa ta będzie nieważna na podstawie art. 145 ust. 1 pkt. 5 i 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący się wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania,
2. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. Nakazanie wykluczenia lub odrzucenia oferty Chemobudowa Kraków S.A.,
4. Nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty Eiffage Budownictwo jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Dnia 2 kwietnia 2009 roku Wykonawca Chemobudowa Kraków S.A. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego.

Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie, skład orzekający Izby uznał, iż zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie przepisów art. 187 ust. 4 pkt 6 w związku z art. 181 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że odwołanie, wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3, dotyczy czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt. 5, Izba uznała, że zarzuty te dotyczą zaniechania wykluczenia Wykonawcy Chemobudowa Kraków S.A. w związku z niespełnieniem warunków udziału w postępowaniu określonych w części 4 pkt 2 lit. b tiret 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba zwraca uwagę, iż zarzut powyższy został podniesiony w proteście Wykonawcy Instal Kraków S.A. z dnia 30 grudnia 2008 roku. Odwołujący nie był uczestnikiem postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, gdyż nie przystąpił do postępowania protestacyjnego wywołanego protestem Instal Kraków S.A.

Zamawiający, w powyższym zakresie protest rozstrzygnął pismem z dnia 8 stycznia 2009 roku. Rozstrzygnięcie w powyższym zakresie stało się ostateczne, zgodnie z przepisem art. 182 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie zostało wniesione odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Na podstawie przepisu art. 187 ust. 4 pkt 6 w związku z art. 181 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy 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) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*