

Sygn. akt KIO/UZP 191/10

**POSTANOWIENIE
z dnia 26 lutego 2010r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

**Członkowie: Sylwester Kuchnio
Emil Kuriata**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 26 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, al. Jerozolimskie 162a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewodę Podkarpackiego, 35-959 Rzeszów, ul. Grunwaldzka 15** protestu z dnia 22 stycznia 2010 r.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ERBUD S.A., Wolff & Müller GmbH & Co. KG, adres lidera konsorcjum: 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300 A** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, al. Jerozolimskie 162a** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, al. Jerozolimskie 162a,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 15 556 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, al. Jerozolimskie 162a.**

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

Zamawiający – Wojewoda Podkarpacki - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa przejścia granicznego w Budomierzu.

18 stycznia 2010 r. zamawiający poinformował za pośrednictwem faksu o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Wolff & Müller GmbH & Co.KG. z siedzibą w Stuttgarcie, zwanych dalej: „Konsorcjum ERBUD”. Wobec czynności zamawiającego WARBUD S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie poprzedzone protestem. Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust.1, art. 87 ust. 1, ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 ze zm.) - zwanej dalej również: „ustawą” oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu środków ochrony prawnej lub z nich wynikających przez:

1. wybór, jako najkorzystniejszej, oferty, która podlega odrzuceniu;
2. dokonanie poprawienia oferty Konsorcjum ERBUD niezgodnie z przepisami ustawy;
3. prowadzenie negocjacji z Konsorcjum ERBUD, co do ceny jego oferty;
4. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ERBUD.

Wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum ERBUD jako najkorzystniejszej;
2. unieważnienie poprawienia oferty Konsorcjum ERBUD z 5 i 12 stycznia 2010r.;
3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
4. odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum ERBUD;
5. uznanie oferty odwołującego się za najkorzystniejszą.

Odwołujący się w uzasadnieniu wskazał, że Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyrokach z 24 czerwca 2009 r. oraz z 18 grudnia 2009 r. nie zajmował się kwestią braku w ofercie Konsorcjum ERBUD 98 pozycji w części kosztorysu ofertowego dotyczącego oczyszczalni ścieków. Prawomocność materialna zapadłych orzeczeń nie dotyczy zatem przywołanych braków, a obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie ponownej oceny ofert w sposób całościowy. Podniósł, że z orzeczeń zapadłych dotychczas w postępowaniu nie wynika zgodność oferty Konsorcjum ERBUD z specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zwaną dalej: „siwz”. Odwołujący się zarzucił, że brak 98 pozycji w części kosztorysu ofertowego dotyczącego oczyszczalni ścieków w ofercie Konsorcjum ERBUD stanowi niezgodność treści oferty z treścią siwz, która nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Tymczasem zamawiający nie tylko poprawił ofertę Konsorcjum ERBUD, ale również prowadził w tym celu negocjacje z wykonawcą, co jest niedopuszczalne z mocy art. 87 ust. 1 ustawy. Odwołujący się zarzucił również, iż oferta Konsorcjum ERBUD zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na zaoferowaniu w poz. 1.20.10 kosztorysu uzupełniającego do przedmiarów z branży robót budowlanych ceny jednostkowej 0 zł. Wywiódł, że stwierdzone niezgodności powinny spowodować wzrost ceny oferty Konsorcjum ERBUD, co spowodowałoby niemożność uznania jej za najkorzystniejszą.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 22 stycznia 2010 r. (pismem z 21 stycznia 2010 r.), odwołanie 5 lutego 2010 r. - *presentata* Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ bezpośredni, pismo z 4 lutego 2010 r.). Zamawiający otrzymał kopię odwołania 5 lutego 2010 r. z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* ustawy.

Zamawiający rozstrzygnął protest 27 stycznia 2010 r. i tego dnia przekazał rozstrzygnięcie odwołującemu się za pośrednictwem faksu. Zamawiający odrzucił protest na podstawie art. 180 ust. 7 w związku z art. 181 ust. 6 ustawy, uznając że czynności w postępowaniu dokonał zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 20 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1260/09, 1406/09) oraz Wyrokiem Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18 grudnia 2009. (sygn. akt I Ca 612/09).

Konsorcjum ERBUD przystąpiło do postępowania odwoławczego zachowując przesłanki przystąpienia wskazane w art. 181 ust. 4 i 5 oraz art. 184 ust. 4 ustawy. Przystępujący opowiedział się po stronie zamawiającego i wniósł o odrzucenie, ewentualnie o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 września 2009 r. pod numerem 2009/S 179-238576.

Pismem z 10 lutego 2009 r. zamawiający powiadomiło wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego się, oraz m. in. o odrzuceniu oferty Konsorcjum ERBUD. Wniesione przez Konsorcjum ERBUD środki ochrony prawnej doprowadziły do wydania przez Sąd Okręgowy w Rzeszowie wyroku z 24 czerwca 2009 r. W wyniku ponowienia czynności w postępowaniu odwoławczym, zamawiający 19 sierpnia 2009r. ponownie wybrał ofertę odwołującego się i odrzucił ofertę Konsorcjum ERBUD m. in. z powodu braku 98 w części kosztorysu ofertowego dotyczącego oczyszczalni ścieków. Na tym etapie postępowania Konsorcjum ERBUD wniosło dwa protesty, a następnie dwa odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 20 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1260/09, 1406/09) uwzględniła oba odwołania Konsorcjum ERBUD. Izba uznała, że oferta Konsorcjum ERBUD nie podlega odrzuceniu z powodu braku wyceny 98 pozycji kosztorysu nr 4.10 „Oczyszczalnia Ścieków”, jako nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (str. 21 wyroku). Izba nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty Konsorcjum ERBUD.

Zamawiający i WARBUD S.A. na przywołany wyrok wnieśli skargi. W uzasadnieniu skargi zamawiający wskazywał niemożność poprawienia 98 brakujących pozycji kosztorysu nr 4.10 „Oczyszczalnia Ścieków”, WARBUD S.A. podnosił konieczność odrzucenia oferty Konsorcjum ERBUD z tegoż powodu.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie wyrokiem z 18 grudnia 2009. (sygn. akt I Ca 612/09) oddalił obie skargi.

Izba zważyła, co następuje:

Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte 16 września 2008 r. Jednak zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), która weszła w życie w

24 października 2008 r., Izba wydała rozstrzygnięcie w oparciu o przepisy w brzmieniu nadanym nowelizacją.

Odwołanie należy odrzucić, gdyż zamawiający dokonał czynności zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestów wniesionych przez Konsorcjum ERBUD, a podnoszenie nowych zarzutów wobec oferty Konsorcjum ERBUD jest spóźnione. Art. 187 ust. 4 pkt 6 urzeczywistnia ideę koncentracji środków ochrony prawnej związaną z zasadą szybkości postępowania. Celowi temu odpowiadają również art. 181 ust. 6 i 7 Pzp. Wykonawca może kwestionować czynności zamawiającego, będące wynikiem rozstrzygnięcia protestu, tylko w ramach postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, w którym rozstrzygnięcie to zapadło.

Art. 182 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, że protest jest ostatecznie rozstrzygnięty z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku Izby. Protest dotyczący braku 98 pozycji kosztorysu nr 4.10 „Oczyszczalnia Ścieków” został ostatecznie rozstrzygnięty 20 października 2009 r., w ten sposób, że przywołane braki nie zostały uznane za powodujące niezgodność treści oferty Konsorcjum ERBUD z treścią siwz. Skoro Sąd Okręgowy do którego odwołujący się i zamawiający wnieśli skargę, nie podzielił zarzutu dotyczącego braku 98 pozycji, ostateczne rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej z 20 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1260/09, 1406/09) dotyczące braku 98 pozycji kosztorysu nr 4.10 „Oczyszczalnia Ścieków” pozostało niewzruszone.

Zarzut dotyczący braku 98 pozycji kosztorysu nr 4.10 „Oczyszczalnia Ścieków” został ostatecznie rozstrzygnięty. Wskazać przy tym należy, że przy badaniu, czy zarzut protestu został ostatecznie rozstrzygnięty, winno uwzględniać się nie tylko sentencję orzeczenia ale również oceny zawarte w uzasadnieniu. Zgodnie z § 28 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 2 października 2007 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 187, poz. 1327 ze zm.) elementem orzeczenia jest nie tylko rozstrzygnięcie o żądaniach odwołującego się albo odwołujących się oraz o kosztach postępowania odwoławczego (pkt 4), ale też uzasadnienie (pkt 5). Zamawiający obowiązany był zatem wykonując wyrok Izby z 20 października 2009 r. ponowić czynności nakazane w sentencji przy uwzględnieniu ocen wynikających z uzasadnienia. Ponowne podnoszenie zarzutu zawartego w ostatecznie rozstrzygniętym proteście w kolejnych środkach ochrony prawnej jest niedopuszczalne. Tym samym nie jest możliwe kwestionowanie zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ERBUD z powodu braku 98 pozycji kosztorysu nr 4.10 „Oczyszczalnia Ścieków”. Skoro oferta Konsorcjum ERBUD nie podlega odrzuceniu z powodu braku 98 pozycji kosztorysu, brak jest podstaw do kwestionowania czynności

przedsięwziętych przez zamawiającego w stosunku do tej części oferty Konsorcjum ERBUD. Podnoszenie zarzutów dotyczących czynności dokonanych przez zamawiającego w odniesieniu do 98 pozycji kosztorysu nr 4.10 „Oczyszczalnia Ścieków”, zmierza do skutku w postaci stwierdzenia niezgodności oferty Konsorcjum ERBUD z treścią siwz i konieczności jej odrzucenia. Merytoryczne rozpoznawanie takich zarzutów jest niemożliwe. Wyrok Izby z 20 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1260/09, 1406/09) ostatecznie rozstrzygnął, że w zakresie braku 98 pozycji kosztorysu nr 4.10 „Oczyszczalnia Ścieków” nie zachodzi niezgodność oferty Konsorcjum ERBUD z treścią siwz. Aktualnie podnoszone zarzuty zmierzają do ponownego rozpoznawania zarzutów, które zostały już ostatecznie rozstrzygnięte. Stanowi to próbę obejścia art. 182 ust. 2 pkt 3 ustawy i nie może być skuteczne.

Podnoszenie, że oferta Konsorcjum ERBUD zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na zaoferowaniu w poz. 1.20.10 kosztorysu uzupełniającego do przedmiarów z branży robót budowlanych ceny jednostkowej 0 zł jest spóźnione.

Wiadomość o dokonanej w postępowaniu ocenie ofert oraz zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum ERBUD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy w związku z błędem w obliczeniu ceny oferty, odwołujący się powziął dwukrotnie. Zamawiający dokonywał bowiem dwukrotnie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego się i odrzucał ofertę Konsorcjum ERBUD, podając zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, uzasadnienie faktyczne i prawne. Bezpośrednio w tych datach odwołujący się powziął lub zachowując należyłą staranność mógł powziąć wiadomość, iż oferta Konsorcjum ERBUD nie została odrzucona z powodu podnoszonego w proteście i odwołaniu błędu w obliczeniu ceny, który zamawiający bezprawnie, w ocenie odwołującego się, pominął.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy protest wnosi się do zamawiającego w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Termin na podnoszenie zarzutów wobec oferty Konsorcjum ERBUD upłynął. Ewentualne powoływanie braku interesu prawnego we wcześniejszym kwestionowaniu przez odwołującego się oferty Konsorcjum ERBUD z powodu błędu w obliczeniu nie jest trafne. W okolicznościach sprawy odwołujący się dokonuje błędnej wykładni przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (*vide*: postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 30 grudnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP: 1670/09). Wskazać należy ponadto na funkcję reklamacyjno – sygnalizacyjną protestu. Funkcja reklamacyjna polega przede wszystkim na zabezpieczeniu sytuacji prawnej wykonawcy wnoszącego protest, zapewnieniu mu możliwości uznania jego oferty za

najkorzystniejszą, w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Natomiast funkcja sygnalizacyjna polega na wskazywaniu nieprawidłowości prowadzonego przez zamawiającego postępowania, gdyż zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Funkcja sygnalizacyjna zapewnia prawidłowość i sprawność prowadzonej procedury na każdym etapie postępowania. Odwołujący się błędnie utożsamia swój interes prawny wyłącznie z funkcją reklamacyjną protestu. Wbrew twierdzeniu odwołujący się treść art. 191 ust. 1 a Pzp nie stoi w sprzeczności z podnoszeniem zarzutów przeciwko ofercie Konsorcjum ERBUD na wcześniejszych etapach postępowania. Przywołany przepis nakazuje uwzględnienie odwołania przez Izbę nie tylko stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało istotny wpływ na wynik postępowania ale również w razie stwierdzenia naruszeń, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zatem podnoszenie zarzutów wobec oferty Konsorcjum ERBUD na wcześniejszych etapach postępowania było zgodne z interesem prawnym odwołującego się.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje pewien formalizm. Formalizm ten ma na celu nie tylko zagwarantowanie wykonawcom zachowania zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji. Formalizm postępowania leży również w interesie zamawiającego, zobowiązanego do dokonywania wydatków w sposób planowy. Dopuszczenie możliwości skutecznego podnoszenia kolejnych nowych zarzutów wobec ofert konkurencyjnych opartych na faktach, które mogły być, przy zachowaniu należytej staranności, stwierdzone wcześniej, nie tylko stałoby w sprzeczności z zasadami art. 7 ust. 1 ustawy, ale też prowadziłoby do znacznej przewlekłości procedury. Uniemożliwiłoby to lub poważnie utrudniło realizację zasad wydatkowania środków publicznych i stałoby w sprzeczności z zasadą szybkości postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba uznała, że odwołujący się uchybił terminowi na podnoszenie zarzutów wobec oferty Konsorcjum ERBUD.

Terminy do wnoszenia środków odwoławczych określone w ustawie Prawo zamówień publicznych mają charakter terminów zawitych, które nie podlegają przywróceniu w żadnym przypadku. Upływ terminu powoduje wygaśnięcie prawa.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 i 6 ustawy odrzuciła odwołanie, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 2 ustawy. O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do wyniku postępowania zgodnie z art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....