

POSTANOWENIE
z dnia 21 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Marek Koleśnikow
Aneta Młacka

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 21 grudnia 2010r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: OHL ŽS a.s. (pełnomocnik), ERBUD S.A., adres pełnomocnika: ul. Buresova, 660 02 Brno-stred, Republika Czeska**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** protestu z dnia 26 listopada 2010r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FEROCO S.A (pełnomocnik), TORPOL Sp. z o.o., Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „INTERCOR” Sp. z o. o. Aero Medika Sp. z o.o.** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: OHL ŽS a.s. (pełnomocnik), ERBUD S.A., adres pełnomocnika: ul. Buresova, 660 02 Brno-stred, Republika Czeska 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 uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**

OHL ŽS a.s. (pełnomocnik), ERBUD S.A., adres pełnomocnika: ul. Buresova, 660 02 Brno-stred, Republika Czeska;

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 **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: OHL ŽS a.s. (pełnomocnik), ERBUD S.A., adres pełnomocnika: ul. Buresova, 660 02 Brno-stred, Republika Czeska.**

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest na wykonanie robót budowlanych modernizacji infrastruktury kolejowej stacji i szlaków w obszarze LCS Ciechanów, Odcinek Ciechanów-Mława od km 99,450 do km 131,100. LOT A – stacje Konopki, Mława. LOT B – szlaki: Ciechanów – Konopki, Konopki – Mława, w ramach Projektu „Modernizacja linii kolejowej E 65/CE 65 na odcinku Warszawa – Gdynia – obszar LCS Ciechanów.

16 grudnia 2009 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FEROCO S.A., TORPOL Sp. z o. o., Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o. o. Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „INTERCOR” Sp. z o. o. Aero Medika Sp. z o. o. (Konsorcjum FEROCO).

Wobec czynności zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - OHL ŽS a.s. i ERBUD S.A. - wnieśli odwołanie poprzedzone protestem.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum FEROCO, mimo nieprzedłużenia przez tego wykonawcę terminu związania ofertą na czas wymagany przez zamawiającego w piśmie z dnia 2 lipca 2010 r. oraz niewniesienia wadium na wymagany okres zgodnie z żądaniem zamawiającego;
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum FEROCO, mimo nieprzedłużenia przez tego wykonawcę terminu związania ofertą na czas wymagany przez zamawiającego w piśmie z dnia 2 lipca 2010 r. oraz niewniesienia wadium na 2

wymagany okres;

- 3) dokonanie wyboru – jako oferty najkorzystniejszej – oferty złożonej przez Konsorcjum FEROCO, mimo iż ten wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu.

Odwołujący się wskazał na naruszenie w szczególności art. 24 ust. 2 pkt 4, w tym w zw. z art. 85 ust. 2, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 ze zm.)

- Odwołujący wniósł o rozpatrzenie merytoryczne jego zarzutów i żądań oraz o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru - jako oferty najkorzystniejszej - oferty złożonej przez Konsorcjum FEROCO;
- 2) dokonania powtórnego badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenia z postępowania Konsorcjum FEROCO oraz w konsekwencji odrzucenia jego oferty;
- 4) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego się.

- Odwołujący podnosił, że termin na wniesienie przez niego protestu rozpoczął swój bieg od 16 listopada 2010 r. Uzasadniał, że dopiero w tej dacie zaktualizował się interes prawny odwołującego się, którego oferta dopiero wówczas została oceniona jako druga w kolejności po wybranej ofercie Konsorcjum FEROCO. Odwołujący wskazał, iż w myśl art. 179 ust. 1 p.z.p. w brzmieniu obowiązującym w postępowaniu z uwagi na datę wszczęcia postępowania, warunkiem skutecznego wniesienia środków ochrony prawnej jest posiadanie interesu prawnego. Wywodził, że skoro 22 września 2010 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., Swietelsky Baugesellschaft m.b.H. (Konsorcjum ZUE), oceniając jako drugą w kolejności ofertę konsorcjum FEROCO, a jako trzecia ofertę odwołującego, to w tej dacie odwołujący nie posiadał interesu prawnego w kwestionowaniu oferty Konsorcjum FEROCO. Podnoszenie zarzutów wobec tego wykonawcy nie zapewniłoby odwołującemu uzyskania zamówienia.

- Odwołujący się wywodził, że nie miał żadnych podstaw kwestionowania zgodności z prawem wyboru oferty Konsorcjum ZUE, gdyż wybór tej oferty został dokonany w następstwie realizacji zaleceń pokontrolnych wynikających z kontroli uprzedniej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

3

Odwołujący się podnosił, że KONSORCJUM FEROCO nie wyraziło zgody na przedłużenie okresu związania ofertą na czas wymagany przez zamawiającego, tj. na okres do 31 sierpnia 2010 r., jak również nie wniosło wadium na wymagany przez zamawiającego okres związania ofertą, co jest jednoznaczne z koniecznością wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) p.z.p.

Protest został wniesiony 26 listopada 2010 r., odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych 10 grudnia 2010 r. (presentata Urzędu Zamówień Publicznych). Zamawiający otrzymał kopię odwołania stosownie do art. 184 ust. 2 p.z.p.

Zamawiający rozstrzygnął protest 30 listopada 2010 r. i tego dnia przekazał rozstrzygnięcie odwołującemu się za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Zamawiający odrzucił protest na podstawie art. 180 ust. 7 p.z.p. jako wniesiony po terminie. Uznał, że odwołujący się winien wnieść protest w terminie 10 dni od powzięcia wiadomości o

czynności wyboru najkorzystniejszej oferty – 22 września 2010 r., dnia w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu.

Konsorcjum FEROCO przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, uczestnicząc uprzednio w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Zachowane zostały przesłanki zgłoszenia przystąpienia wskazane w art. 184 ust. 4 p.z.p. Przystępujący wniósł o odrzucenie, ewentualnie o oddalenie odwołania.

Rozpatrując odwołanie na posiedzeniu niejawnym na podstawie akt badanej sprawy, akt postępowania odwoławczego sygn. KIO/UZP 2276/10 oraz akt kontroli uprzedniej KIO/KU 63/10, Izba ustaliła i zważyła, że protest poprzedzający odwołanie został wniesiony z uchybieniem ustawowego terminu na wykonanie tej czynności.

Ogłoszenie zamówienia opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 grudnia 2010 r. pod numerem 238-340857.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podczas kontroli uprzedniej postępowania stwierdził naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przez wykluczenie Konsorcjum ZUE (pismo z 28 lipca 2010 r. znak UZP/DKUE/TD/30761/14674/10).

Zamawiający wykonując zalecenia pokontrolne powtórzył czynność badania i oceny ofert.

4

22 września 2010 r. zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę Konsorcjum ZUE, na kolejnych miejscach sklasyfikował odpowiednio ofertę Konsorcjum FEROCO, ofertę odwołującego się.

Konsorcjum FEROCO wniosło protest, a następnie odwołanie wobec wyboru oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z 28 października 2010 r. uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Izba uznała, że Konsorcjum ZUE nie było związane ofertą w dacie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej - potwierdziła naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4) p.z.p. oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) p.z.p.

Zamawiający powtórzył czynność badania i oceny ofert zgodnie z orzeczeniem Izby.

W ich wyniku uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego, co obecnie kwestionuje odwołujący się, wskazując na brak ciągłości związania ofertą oraz zabezpieczenia oferty wadium przez przystępującego w terminie wymaganym przez zamawiającego t.j. do 31 sierpnia 2010r.

Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny sprzed wejścia w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), zgodnie odpowiednio: z art. 3 ust. 1 oraz z art. 4 przywołanych ustaw nowelizujących.

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Odwołujący się mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu od dnia otrzymania informacji o wyborze oferty Konsorcjum ZUE – 22 września 2010 r.

Należy zważyć, że zmiana ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 7 kwietnia 2006 r. (Dz. U. z 2006 r., Nr 79, poz. 551) wprowadziła zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, polegającą m.in. na konieczności zgłaszania, przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, zarzutów dotyczących naruszających przepisy ustawy czynności zamawiającego lub zaniechań przez zamawiającego czynności do których dokonania jest zobowiązany, w ściśle określonych terminach, pod rygorem utraty prawa do ich podnoszenia na dalszym etapie postępowania.

5

Ponowienie przez zamawiającego czynności w postępowaniu nie otwiera samo z siebie możliwości wnoszenia kolejnych środków ochrony prawnej podlegających rozpoznaniu co do istoty. Kwestionowanie przez wykonawców czynności ponownie dokonanych przez zamawiającego jest dopuszczalne jedynie w sytuacji, gdy podstawę zarzutów stanowią okoliczności, które zaistniały w związku z powtarzaniem czynności w postępowaniu. Tylko w takim przypadku spełniona zostaje norma art. 180 ust. 2 p.z.p. – protest jest wnoszony w terminie liczonym od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 26 listopada 2007 r. (sygn. akt V Ca 2056/07 niepubl.), wywiódł, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek działania z należyłą starannością – zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym.

Bezsprzecznie okoliczności stanowiące ośnowę faktyczną zarzutów odwołania zaistniały przed 22 września 2010 r. i mogły być stwierdzone przez odwołującego się bezpośrednio po uzyskaniu informacji o wyborze oferty Konsorcjum ZUE i ocenie jako drugiej w kolejności oferty przystępującego, o ile odwołujący się działałby z należyłą starannością.

Argumentacja dotycząca braku możliwości wniesienia środków ochrony prawnej wobec oferty Konsorcjum ZUE oraz oferty przystępującego bezpośrednio po otrzymaniu przywołanej informacji jest chybiona.

Odwołujący się błędnie wiąże przesłankę formalnoprawną – zachowania terminu na zgłaszanie zarzutów – z materialnoprawną przesłanką interesu prawnego. Podkreślić trzeba, że stwierdzenie, iż protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów ustawowych, skutkuje odrzuceniem środka ochrony prawnej, bez możliwości odniesienia się do podniesionych w nim zarzutów.

Przesłanka interesu prawnego jest badana dopiero w razie stwierdzenia zachowania terminu. Zgodnie z poglądem ukształtowanym w orzecznictwie Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej, potwierdzonym też w orzeczeniach sądów okręgowych, interes prawny, stanowi przesłankę o charakterze materialnoprawnym, badaną w postępowaniu odwoławczym na rozprawie (za wyjątkiem art. 184 ust. 4 zd. 1 *in fine* p.z.p. odnoszącym się do wykonawcy zgłaszającego przystąpienie). Stwierdzenie braku interesu prawnego jest samoistną i wystarczającą przesłanką oddalenia odwołania bez konieczności merytorycznego odnoszenia się przez Izbę do zarzutów odwołania.

Konkludując tę część rozważań stwierdzić należy, że o ile dla rozpoznania zarzutów niezbędne jest wniesienie środków ochrony prawnej w terminach ustawowych, przez wykonawcę posiadającego interes prawny, o tyle uchybienie terminom przewidzianym na wniesienie środków ochrony prawnej powoduje, że interes prawny wnoszącego je wykonawcy w ogóle nie jest badany.

Na marginesie Izba stwierdza, że nie można uznać, że odwołujący się nie miał uprzednio interesu prawnego w podnoszeniu zarzutów wobec przystępującego. Nie można pominąć ukształtowanego w doktrynie i orzecznictwie poglądu, zgodnie z którym interes prawny wykonawcy realizuje się również przez wnoszenie środków ochrony prawnej w celu zapewnienie legalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – zapewnienie skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, która nie będzie dotknięta sankcją nieważności oraz dla poszanowania zasad prowadzenia postępowania wskazanych w art. 7 ust. 1 p.z.p.

Izba nie podzieliła też poglądu odwołującego się, że nie mógł podnosić zarzutów wobec Konsorcjum ZUE.

Brak jest podstaw do wyłączenia możliwości zgłaszania i rozpoznawania zarzutów wobec wykonawców przywróconych do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w wyniku zgłoszenia zastrzeżeń przez Prezesa Urzędu.

Aktualny stan prawny przewiduje niejako dualizm kontroli czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia – kontrolę Prezesa Urzędu oraz rozpoznawanie odwołań przez Izbę, które może być uznane za kontrolę *sui generis* dokonywaną ściśle w granicach zarzutów oraz z uwzględnieniem wyników postępowania dowodowego. Zakres badania postępowania jest zatem w obu przypadkach różny, zarówno co do zakresu, jak i

podstaw dokonywanych ocen.

W konsekwencji stwierdzić należy, że odwołujący się mógł i powinien podnieść zarzuty wobec przystępującego oraz Konsorcjum ZUE w terminie liczonym od dnia otrzymania informacji o wyborze oferty Konsorcjum ZUE – 22 września 2010 r.

Zasady wnoszenia środków ochrony prawnej są wysoce sformalizowane, a przesłanki odrzucenia odwołania są przepisami bezwzględnie obowiązującymi. 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.

7

W przypadku stwierdzenia, że protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie, Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

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

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 niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie-Pradze**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

8