

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 kwietnia 2009r

**Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział XII Gospodarczy -
Odwolawczy w następującym składzie:**

Przewodniczący - Sędzia: SO Andrzej Ganiewski

protokolant Rafał Bielski

Sędzia:Protokolant:

SO Bożena Cincio-Subbiera
SO Adam Sęk (spr.)

Sędzia: po rozpoznaniu w dniu 23 kwietnia 2009r w Krakowie

na rozprawie

sprawy ze skargi Jana Waza

przy uczestnictwie Gminy Łososina Dolna, Przedsiębiorstwa

Produkcyjno - Handlowego BUDMEX spółki z ograniczoną

odpowiedzialnością w Nowym Sączu i Przedsiębiorstwa Budowlano -
Transportowego Wikar spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w
Łososinie Dolnej

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 29 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 71/09

I. oddala skargę;

II. zasądza od skarżącego Jana Waza na rzecz uczestnika Gminy Łososina Dolna kwotę 1.200,00 zł (jeden tysiąc dwieście złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r.

Zamawiający Gmina Łososina Dolna opublikowała w dniu 12.08.2008 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamówieniu na budowę „Budynku Wielofunkcyjnego w Łososinie Dolnej - stan surowy otwarty” (IiFS.SJ/2220/1/2008). Jednocześnie zamawiający zamieścił na stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

W postępowaniu o udzielenie zamówienia złożonych zostało siedem ofert.

W dniu 16.09.2008 r. zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez „WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano — Transportowe spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łososinie Dolnej.

Jan Waz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz” z siedzibą w Koniuszowej oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „BUDMEX” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nowym Sączu złożyli w dniu 22.09.2008 r. protesty na wybór najkorzystniejszej oferty.

Protestujący Jan Waz zarzucił naruszenie art. 7, art. 24 ust 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29.01.2004 r.

Prawo zamówień publicznych (dalej „Pzp”) i wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty „WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano — Transportowe sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty protestującego;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty protestującego jako najkorzystniejszej.

Protestujące Przedsiębiorstwo Produkcyjno — Handlowe „BUDMEX” spółka z o.o. w Nowym Sączu zarzuciło zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 w związku z art. 91, art. 89 ust. 1 pkt 6 „Pzp” i wniósł o:

- 1) ponowne dokonanie oceny ofert;
- 2) wykluczenie wykonawcy wybranego i ewentualnie odrzucenie jego oferty;
- 3) dokonanie wyboru oferty protestującego jako najkorzystniejszej i udzielenie mu zamówienia;

W dniu 26.09.2008 r. Jan Waz przystąpił po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno — Handlowe „BUDMEX” spółkę z o.o. w Nowym Sączu.

Zamawiający w dniu 01.10.2008 r. oddalił w całości protesty Jana Waza oraz Przedsiębiorstwa Produkcyjno — Handlowego „BUDMEX” spółki z o.o. w Nowym Sączu, wskazując w uzasadnieniu, że oferty protestujących nie odpowiadają żądaniom zamawiającego określonym w treści SIWZ.

W dniu 05.10.2008 r. Przedsiębiorstwo Produkcyjno — Handlowe „BUDMEX” spółka z o.o. w Nowym Sączu wniosła odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty podniesione w proteście i wnosząc o nakazanie zamawiającemu ponownej oceny ofert.

W dniu 06.10.2008 r. Jan Waz wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, podtrzymując wszystkie zarzuty zgłoszone w proteście oraz wnosząc o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty „WIKAR” spółki z o.o. jako najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty oraz dokonanie ponownej oceny ofert i wybór jego oferty jako

najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem wydanym w dniu 07.11.2008 r. uwzględniła odwołania i nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem ofert odwołujących oraz nakazała odrzucenie oferty „WIKAR” Przedsiębiorstwa Budowlano — Transportowego spółki z o.o. w Łososinie Dolnej.

W uzasadnieniu wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśniła, że doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 „Pzp”, a także art. 7 ust. 1 „Pzp” ze względu na sprzeczność treści oferty wykonawcy wybranego z treścią SIWZ w zakresie niezgodności terminu rozpoczęcia i zakończenia robót przez wykonawcę wybranego. Izba Odwoławcza wskazała, że zamawiający w załączniku nr 1 do projektu umowy wyraźnie wymagał, aby rozpoczęcie robót nastąpiło w dniu 20.10.2008 r., a zakończenie w dniu 20.12.2010 r., a płatność faktury końcowej miała nastąpić do dnia 28.02.2011 r. Tymczasem wybrany wykonawca nie przewidział żadnych prac ani płatności w IV kwartale 2008 r., natomiast planował realizować część prac po 20.12.2010 r. Ponadto został naruszony art. 89 ust. 1 pkt 6 „Pzp” poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego Przedsiębiorstwa Produkcyjno — Handlowego „BUDMEX” spółki z o.o. w Nowym Sączu z uwagi na uznanie przez zamawiającego, że w ofercie tej zachodzi omyłka rachunkowa. Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśniła, że oferta odwołującego nie jest sprzeczna z SIWZ ani nie zawiera omyłki rachunkowej, ponieważ przedstawione przez niego w kosztorysie wyliczenie wraz z opisem materiałów służyć miało wyłącznie do wyceny oferty. Zamawiający ma natomiast możliwość wyegzekwowania zaoferowanego przedmiotu na etapie realizacji umowy, gdyż „BUDMEX” spółka z o.o. złożyła stosowne oświadczenie i zobowiązała się wykonać zamówienie zgodnie z przedmiarem i dokumentacją projektową. Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza uznała za uzasadniony zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty Jana Waza, tj. naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 „Pzp” w zakresie uznania, że oferta Jana Waza jest sprzeczna z treścią SIWZ w zakresie terminu płatności faktury końcowej. Izba Odwoławcza wskazała, że Zamawiający określił jedynie ostateczny termin, w którym dokona zapłaty faktury końcowej, tj. 28.02.2011 r., natomiast ani w SIWZ, ani w załącznikach zamawiający nie zawarł wymogu terminu płatności faktury końcowej w okresie 70 dni od dnia ostatecznego odbioru robót. Wobec tego wskazanie przez Jana Waza 69 - dniowego terminu płatności nie stanowiło naruszenia treści SIWZ.

W ocenie KIO nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 „Pzp” w zakresie zarzucanej sprzeczności materiałów użytych do realizacji zamówienia z treścią przedmiaru robót stanowiącego integralną część SIWZ. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej składane przez wykonawców kosztorysy szczegółowe miały służyć wyłącznie do wyceny oferty, a nie do rozliczenia obmiarowego inwestycji i badania zgodności przedmiotu zamówienia z przedmiotem zaoferowanym na podstawie kosztorysu. Zamawiający nie dopuścił się także naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 „Pzp”, ponieważ wybrany Wykonawca w okresie od zarejestrowania w lutym 2007 r. jako spółka z o.o. do sierpnia 2008 r. zatrudniał od 21 do 64 ubezpieczonych, spełniając tym samym

wymóg określony w SIWZ.

Skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wniósł w dniu 24.11.2008 r.

Jan Waz, zaskarżając wyrok w części oddalającej wniesione przez niego odwołanie oraz w części dotyczącej uwzględnienia odwołania Przedsiębiorstwa Produkcyjno — Handlowego „BUDMEX” spółki z o.o. w Nowym Sączu. Skarżący podtrzymał podniesione w proteście i odwołaniu zarzuty, które nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

- 1) naruszenie art. 7, art. 89 ust.1 pkt 2 i 6 „Pzp” poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie oraz przyjęcie, że oferty „WIKAR” spółki z o.o. i „BUDMEX” spółki z o.o. nie podlegają odrzuceniu;
- 2) naruszenie art. 190 ust.2 „Pzp” poprzez wydanie wyroku sprzecznego z ustaleniami dokonanymi w toku postępowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Skarżący wniósł o uwzględnienie zarzutów oraz uznanie skargi za zasadną, zmianę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej oraz oddalenie odwołania wniesionego przez „BUDMEX” spółkę z o.o. Ponadto skarżący wniósł o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej zaskarżył także wykonawca „WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano - Transportowe spółka z o.o. w Łososinie Dolnej i wniósł o uchylenie wyroku w części nakazującej odrzucenie złożonej przez niego oferty. Skarżący zarzucił:

- 1) naruszenie procedury poprzez poczynienie dowolnych ustaleń faktycznych;
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 „Pzp”;
- 3) naruszenie prawa materialnego, w szczególności art. 55²k.c. oraz art. 23¹ kodeksu pracy.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o odrzucenie obydwu skarg, ewentualnie o ich oddalenie oraz zasądzenie od skarżących kosztów postępowania.

Zamawiający podniósł, że skarga Przedsiębiorstwa Budowlano - Transportowego „WIKAR” spółki z o.o. w Łososinie Dolnej powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że ten skarżący nie był stroną postępowania odwoławczego ani nie przystąpił do tego postępowania w trybie art. 184 ust. 4 „Pzp”, a o treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej został poinformowany przez zamawiającego.

Ustosunkowując się do skargi złożonej przez Jana Wazę zamawiający wskazał, iż wybrany wykonawca zaoferował materiał zgodny z wymogami SIWZ i dokumentacją projektową. Zamawiający podzielił także stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie celu sporządzania kosztorysu szczegółowego.

Wyrokiem wydanym dnia 4 lutego 2009 r. Sąd Okręgowy w Krakowie, Wydział XII Gospodarczy Odwoławczy oddalił obydwie skargi. W uzasadnieniu wyroku Sąd Okręgowy stwierdził, że Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo zinterpretowała treść oferty „Wikar” sp. z o.o. w zakresie terminu rozpoczęcia i zakończenia zamawianych robót. W IV kwartale 2008 r. wykonawca ten nie przewidział realizacji robót ani też żadnych płatności, natomiast po 20 grudnia 2010 r. przewidział realizację elementu IV 1 zamówionego obiektu. W tym zakresie treść oferty spółki „Wikar” jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków

zamówienia. Odnosnie braku spełnienia przez spółkę „Wikar” wymogów zatrudnienia przez wykonawcę w okresie od 2005 r. do 2007 r. minimum 20 osób miesięcznie (za które odprowadzana była składka na ZUS) Sąd Okręgowy podzielił pogląd KIO dotyczący sukcesji zatrudnienia przez przedsiębiorstwa obydwu wspólników. Sąd wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza przesądziła, że spółka „Wikar” ostatecznie spełnia warunek z rozdziału IX pkt IV. 1. tiret 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. zatrudnienia minimum 20 osób miesięcznie przez cały czas prowadzenia działalności gospodarczej w przypadku tych wykonawców, którzy prowadzą działalność przez okres krótszy niż trzy lata. Odnosząc się do skargi wniesionej przez Jana Wazę Sąd Okręgowy przyjął, że skarżący osiągnął skutek zamierzony w swoim odwołaniu do KIO tj. doprowadził do powtórznego badania i oceny ofert, a także uchylenia czynności zamawiającego polegającej odrzuceniu jego oferty. Ponadto Sąd wskazał, że podniesiony przez Jana Wazę zarzut dotyczący niezgodności oferty innego uczestnika - wykonawcy

PPH „Budmex” ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jest

nieuzasadniony. Zdaniem Sądu nie ulega niemiejszej wątpliwości, że „folia” i „membrana” to ten sam materiał występujący również w obrocie pod różnymi nazwami. Skoro parametry tego materiału (membrany/folii) są takie same, to nie wystąpiła rozbieżność między specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a ofertą PPH „Budmex”. Nie są również uzasadnione, w ocenie Sądu, zarzuty skargi Jana Wazę dotyczące oferty spółki „Wikar”.

W dniu 22.12.2008 r. zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty, wybierając jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno — Handlowe „BUDMEX” spółkę z o.o. w Nowym Sączu.

Jan Wazę złożył w dniu 29.12.2008 r. protest na czynność ponownego wyboru, zarzucając naruszenie art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu protestu. Jan Wazę wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty „BUDMEX” spółki z o.o. jako najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny ofert i wybór jego oferty oraz unieważnienie postępowania. W uzasadnieniu protestujący podniósł, że oferta „BUDMEX” sp. z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny. Zarzucił, że wykonawca zaoferował jako materiał folię trójwarstwową, podczas, gdy zamawiający żądał membrany trójwarstwowej. Zamawiający protestu nie rozstrzygnął, a Jan Wazę w dniu 12.01.2009 r. złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując i ponawiając zarzuty podniesione w proteście.

Protest na czynność ponownego wyboru oferty złożył również w dniu 29.12.2008 r. „WIKAR” spółka z o.o., a następnie w dniu 12.01.2009 r. wniósł odwołanie. Jan Wazę przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku protestu i odwołania wyłącznie w zakresie zarzutów dotyczących „BUDMEX” spółki z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 29.01.2009 r. odrzuciła odwołania wniesione przez Jana Wazę i „WIKAR” spółkę z o.o., wyjaśniając, że protesty oraz odwołania zawierają zarzuty, które zostały już rozstrzygnięte przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrokiem wydanym dnia 07.11.2008 r. W wyroku tym KIO nakazała ponowne badanie i ocenę ofert, wskazując w jaki sposób należy tego dokonać. W konsekwencji spełniona została przesłanka z art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp, gdyż Jan Wazę oraz „WIKAR” spółka z o.o. wnieśli protesty, a następnie odwołania na czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29.01.2009 r. zaskarżył

Jan Waz, zarzucając naruszenie:

- 1) art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię i nierozpatrzenie przez KIO zarzutów dotyczących konieczności odrzucenia oferty złożonej przez „BUDMEX” spółkę z o.o.;
- 2) art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp przez błędną wykładnię i zastosowanie i przyjęcie w konsekwencji, że wniesione przez niego odwołanie podlega odrzuceniu;
- 3) art. 190 ust. 2 Pzp przez wydanie wyroku sprzecznego z ustaleniami dokonanyymi w toku postępowania przed KIO.

Skarżący wniósł o uznanie skargi za zasadną, zmianę orzeczenia KIO i uwzględnienie wniesionego przez niego odwołania w zakresie odrzucenia oferty „BUDMEX” spółki z o.o. ewentualnie nakazanie zamawiającemu unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu skarżący zarzucił, że odrzucenie przez KIO wniesionego przez niego w dniu 12.01.2009 r. odwołania stanowi ograniczenie przewidzianego w rozdziale 5 dziale 6 Pzp dostępu do środków ochrony prawnej, gdyż z powodu wadliwego sformułowania przepisów nie zostały rozpatrzone zarzuty dotyczące oferty „BUDMEX” spółki z o.o. Podniósł, że oferta złożona przez „BUDMEX” spółkę z o.o. obarczona jest błędami nie rozpatrzonymi przez KIO w dniu 07.11.2008 r., a które powinny skutkować jej odrzuceniem. Zdaniem skarżącego oferta „BUDMEX” spółki z o.o. nie jest spójna i jednoznaczna, ma charakter wariantowy poprzez zastosowanie innych materiałów niż wskazanych w SIWZ, zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz nie uwzględnia wszystkich materiałów wymaganych przez dokumentację projektową, a nadto wykonawca nie dostosował harmonogramu rzeczowo — finansowego do wymogów SIWZ w zakresie sposobu rozliczenia zamówienia, gdyż z oferty wynika, że zamawiający nie mógłby sfinansować zamówienia. W konsekwencji jako sprzeczna z wymogami SIWZ wybrana oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp. Zamawiający nie może bowiem zmienić umowy w stosunku do treści oferty. Skarżący podkreślił, że skoro w dniu 16.09.2008 r. oferta „BUDMEX” spółki z o.o. została odrzucona, to ani on, ani „WIKAR” spółka z o.o. nie mieli wówczas interesu prawnego w kwestionowaniu tej oferty, a tym samym nie przysługiwał im protest. Wskazał, że przyłączył się po stronie zamawiającego do wniesionego przez „BUDMEX” spółkę z o.o. w dniu 26.09.2008 r. protestu, jednakże KIO, ani Sąd rozpoznający skargę nie rozpatrywały podniesionych wtedy przez niego zarzutów.

Zamawiający - Gmina Łososina Dolna wniósł o oddalenie skargi oraz zasądzenie od skarżącego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu wskazał, że zostały spełnione określone w art. 187 ust. 5 pkt 6 Pzp przesłanki odrzucenia odwołania przez KIO. Wyjaśnił, że skarżący Jan Waz uczestniczył w postępowaniu protestacyjnym przed KIO oraz przed Sądem Okręgowym w Krakowie, zakończonym wyrokiem z dnia 04.02.2009 r. w sprawie o sygn. akt XII Ga 453/08. W obecnym odwołaniu, odrzuconym postanowieniem KIO z dnia 29.01.2009 r. skarżący podniósł zarzuty, które zostały już rozpatrzone przez KIO oraz Sąd Okręgowy. Natomiast zarzuty skarżącego podniesione w postępowaniu odwoławczym wszczętym przez „WIKAR” spółkę z o.o. nie mogą zostać rozpoznane z uwagi na uchybienie przez niego wymogom określonym w art. 181 ust. 6 Pzp. Jan Waz przystępując bowiem po stronie zamawiającego do postępowania protestacyjnego zainicjowanego przez „BUDMEX” spółkę z o.o. miał możliwość przedstawienia okoliczności uzasadniających odrzucenie tej oferty.

Pismem z dnia 20.04.2009 r. Przedsiębiorstwo Produkcyjno — Handlowe „BUDMEX” spółka z o.o. w Nowym Sączu zgłosiła swoje uczestnictwo w postępowaniu oraz wniosła o oddalenie skargi jako bezzasadnej.

W uzasadnieniu uczestnik podał, że Jan Waz w proteście oraz odwołaniu podniósł zarzuty dotyczące niezgodności jego oferty z treścią SIWZ w zakresie poz. 92 przedmiaru robót oraz wartościowego stanu zaawansowania robót w poszczególnych latach z wysokością zabezpieczonych przez zamawiającego środków finansowych. Zarzuty te były już rozpatrywane przez KIO we wcześniejszym postępowaniu odwoławczym, zatem postanowienie KIO z dnia 29.01.2009 r. jest prawidłowe. Natomiast pozostałe podniesione w skardze zarzuty odnośnie sprzeczności oferty z postanowieniami SIWZ są nieuzasadnione. Rodzaj i koszt zaoferowanych materiałów odpowiadają bowiem wymaganiom zamawiającego.

Sąd zważył, co następuje:

Skarga wykonawcy Jana Waza jest nieuzasadniona i podlega oddaleniu.

Na wstępie należy wskazać, że przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu w ramach niniejszego postępowania skargowego jest stwierdzenie prawidłowości postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2009 r. odrzucającego odwołanie Jana Waza. Zaskarżone postanowienie ma charakter formalny i oznacza pozostawienie odwołania wykonawcy bez merytorycznego rozpoznania. Wskazaną w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia podstawą odrzucenia skargi jest art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Z powołanego przepisu wynika, że odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli dotyczy czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

W ocenie Sądu Okręgowego zachodziła przesłanka odrzucenia odwołania Jana Waza z dnia 12 stycznia 2009 r., a zatem postanowienie KIO z dnia 29.01.2009 r. należy uznać za prawidłowe. Odwołanie wykonawcy dotyczyło czynności zamawiającego ponownego wyboru ofert. W wyniku tej czynności została wybrana oferta „BUDMEX” spółki z o.o. w Nowym Sączu. Zamawiający dokonując ponownego wyboru oferty zastosował się do wskazań zawartych w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 07.11.2008 r. Niewątpliwie wyrok KIO rozstrzygnął ostatecznie protesty wykonawców na czynność wyboru oferty z dnia 16.09.2008 r., w tym protest Jana Waza z dnia 22.09.2008 r. Oznacza to, że zamawiający dokonał czynności zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Istotny z punktu widzenia rozstrzygnięcia o zasadności skargi na orzeczenie KIO jest również zakres zarzutów zgłoszonych przez Jana Waza w proteście z dnia 29 grudnia 2008 r. (protest „nr 2”). Otóż, wykonawca J. Waz zakwestionował w tym proteście (pkt IV) jedynie niezgodność oferty spółki BUDMEX z SIWZ w zakresie oferowanego materiału w postaci folii paroprzepuszczalnej (poz. 92 przedmiaru robót). Niewątpliwie kwestia zgodności oferty BUDMEX z SIWZ w tym zakresie była przedmiotem zarówno protestu (protestu „nr 1”) jak i orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, a także tutejszego Sądu. Dylemat, czy folia paroprzepuszczalna i membrana paroprzepuszczalna o takich samych parametrach technicznych to ten sam materiał budowlany, został ostatecznie rozstrzygnięty. Zatem, kwestia ta nie mogła być skutecznie podniesiona w kolejnym proteście i odwołaniu (pkt III odwołania z dnia 12 stycznia 2009 r.). Z tej przyczyny odwołanie wykonawcy Jana Waza podlegało odrzuceniu. Spełniona została bowiem także druga negatywna przesłanka postępowania odwoławczego przed KIO jaką jest powołanie się odwołującego na tę samą okoliczność, która była przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania wniesionego w tym samym postępowaniu (art. 187 ust. 4 pkt 5 Pzp).

Nie jest zasadny zarzut podnoszony przez Jana Waza, że skarżącemu został

ograniczony dostęp do środków ochrony prawnej. Wykonawcy temu nie został wcale ograniczony dostęp do środków ochrony prawnej, skoro w postępowaniu o udzielenie zamówienia wnosił protesty i odwołania. Inną natomiast kwestią jest to w jaki sposób i w jakim zakresie Jan Waz z skorzystał z przysługujących mu środków prawnych. Jak powiedziano już wyżej powołanie się w „proteście nr 2” przez tego wykonawcę na okoliczności (a w istocie jedną tylko okoliczność), które były już poprzednio przedmiotem ostatecznego rozstrzygnięcia „protestu nr 1” musiało doprowadzić do pozostawienia jego odwołania bez merytorycznego rozpoznania.

Podsumowując należy stwierdzić, że zaskarżone postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej jest prawidłowe, zaś skarga jako nieuzasadniona podlega oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 198 ust. 2 Pzp i art. 385 k.p.c. w związku z art. 194 ust. 2 Pzp.

Stosując zasadę odpowiedzialności strony przegrywającej za wynik sprawy o kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i § 3 k.p.c., art. 99 k.p.c. oraz art. 108 § 1 k.p.c. w związku z art. 194 ust. 2 Pzp.
