

Sygn. akt: KIO/UZP 1264/08

**WYROK**  
**z dnia 25 listopada 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk**

**Członkowie: Stanisław Sadowy**

**Klaudia Szczytowska – Maziarz**

**Protokolant: Dorota Witak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Lepiko Sp. z o.o., ul. Skórzewska 19, Skórzewo, 60-185 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Politechnikę Poznańską, Pl. M. Skłodowskiej – Curie 5, 60-965 Poznań**, protestu z dnia 17 października 2008 r.

przy udziale **Jacka Grabowskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane JACK – BUD Jacek Grabowski z siedzibą Oś. Bolesława Chrobrego paw. 110, 60-681 Poznań**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego\*

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża Lepiko Sp. z o.o., ul. Skórzewska 19, Skórzewo, 60-185 Poznań i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Lepiko Sp. z o.o., ul. Skórzewska 19, Skórzewo, 60-185 Poznań;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XX gr (słownie: XXX) przez XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Lepiko Sp. z o.o., ul. Skórzewska 19, Skórzewo, 60-185 Poznań.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wykonanie remontu kapitalnego elewacji kompleksu Domu Studenckiego nr 1 (obejmującego termorenowację ścian, stropodachu, wymianę stolarki okiennej i drzwiowej)”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Lepiko Sp. z o.o., z siedzibą w Skórzewie, zwaną dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez publikację ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 lipca 2008 r. (poz. ogłoszenia: 147964). Postępowanie to prowadzi Politechnika Poznańska, zwana dalej: „*Zamawiającym*”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. z 2007 r. (Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą*”.

W postępowaniu tym Zamawiający pismem z dnia 11 września 2008 r. poinformował wykonawców o wynikach tego postępowania (doręczenie pisma wszystkim wykonawcom nastąpiło w dniu 18 września 2008 r.), tj. o wyborze oferty *Odwołującego*. Na tę czynność Zamawiającego wykonawca Jacek Grabowski, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: JACK-BUD Jacek Grabowski z siedzibą w Poznaniu, zwany dalej: „*JACK-BUD*” w dniu 25 września 2008 r. wniósł protest, wskazując na konieczność odrzucenia oferty *Odwołującego*. Zamawiający pismem z dnia 25 września 2008 r. poinformował o złożonym proteście i wezwał wykonawców do przyłączenia się do niego (doręczenie *Odwołującemu* w dniu 29 września 2008 r.). *Odwołujący* w piśmie z dnia 2 października 2008 r. (w tej samej dacie wpływ do Zamawiającego) złożył przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, odpierając podnoszone w nim zarzuty.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 10 października 2008 r. (doręczenie *Odwołującemu* w tej samej dacie) poinformował *Odwołującego*, że po rozpatrzeniu protestu, wniesionego w dniu 25 września 2008 r. Zamawiający postanowił protest uwzględnić i powtórzyć czynność w zakresie oceny ofert firmy *Odwołującego* oraz JACK-BUD i po

dokonaniu tej czynności postanowił odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W uzasadnieniu swojej decyzji podniósł, że Odwołujący nie udokumentował możliwości technicznych wykonania okien o określonym współczynniku  $U_f = 1,3 \text{ W/m}^2 \text{ K}$ , posiadających dopuszczenie do obrotu materiałami budowlanymi. Przedstawione sprawozdanie 705/B-2008 z badań wstępnych typu odnosi się do okien wykonanych z profili (ramy 140001 i skrzydła 140020), które nie spełniają wymaganego  $U_f$  ponieważ dla tego zestawienia profil wynoszący  $U_f = 1,5 \text{ W/m}^2 \text{ K}$ . Przedstawiony raport z badań w IFT z Rosenheim nr 455 25317/1 z dnia 17 kwietnia 2007 r., opisujący współczynnik przenikalności  $U_f = 1,3 \text{ W/m}^2 \text{ K}$ , dotyczy zupełnie innych profili (rama 140007 i skrzydło 140028), których nie obejmuje typ opisany w Sprawozdaniu 705/B-2008, a zgodnie z zapisem w tym sprawozdaniu część 1 pkt 2 (załącznik nr 1) „wyniki badań odnoszą się tylko do konstrukcji opisanych w dalszej części i przedstawionych za pomocą rysunków. Przenoszenie przedstawionych w niniejszym sprawozdaniu wyników badań na inne konstrukcje, bez starannej analizy ustalającej rodzinę wyrobów, przeprowadzonej zgodnie z wytycznymi normy PN – EN 14351 – 1 może spowodować błędy w deklarowaniu zgodności wyrobów z tą normą”. Oznacza to, że producent nie jest w stanie zadeklarować zgodności wyrobów z tych profili z normą PN EN 14351-1, ponieważ profile opisane w raporcie IFT z Rosenheim nie są również uwzględnione w aprobacie AT 15 – 5331/2006, producent okien nie jest zatem w stanie wylegitymować się certyfikatem lub deklaracją zgodności z aprobatą obejmującą zaoferowane profile.

W piśmie z tym Zamawiający poinformował również o wyborze oferty JACK – BUD jako oferty najkorzystniejszej oraz zawarł pouczenie o prawie złożenia odwołania do Prezesa UZP.

Na tę czynność Zamawiającego Odwołujący w piśmie z dnia 17 października 2008 r. (doręczenie Zamawiającemu w tej samej dacie) złożył protest, wskazując na naruszenie przez Zamawiającego: art. 7 ust. 1 ustawy, art. 89 ust. 2 ustawy, art. 91 ust. 1 ustawy oraz art. 183 ust. 1 w związku z art. 183 ust. 1 ustawy. Odwołujący w proteście wskazał, jakich czynności Zamawiającego dotyczy złożony protest, tj.:

- 1) uwzględnienia protestu z dnia 25 września 2008 r. wykonawcy JACK-BUD;
- 2) ponownej oceny ofert;
- 3) odrzucenia oferty Odwołującego;
- 4) wyboru oferty najkorzystniejszej.

Podnosząc wskazane zarzuty wniósł o oddalenie protestu z dnia 25 września 2008 r. , złożonego przez JACK-BUD i wybór oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wykazywał, że pozostaje nadal w mocy decyzja Zamawiającego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej bowiem protest firmy JACK-BUD, kwestionujący ofertę Odwołującego, został przez Zamawiającego *de facto* oddalony poprzez brak jego rozpatrzenia w ustawowym terminie, tj. w terminie 10 dni od dnia upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu. W niniejszej sprawie bowiem pierwotna informacja o wynikach postępowania o wyborze oferty Odwołującego została przekazana wszystkim wykonawcom w dniu 18 września 2008 r., zatem termin na złożenie protestów upływał z dniem 25 września 2008 r. i w tym dniu firma JACK-BUD złożyła też protest. Uwzględniając powyższe oraz przepis art. 183 ust. 1 ustawy 10-dniowy termin na rozpatrzenie tego protestu upływał Zamawiającemu w dniu 5 października 2008 r. – jak wywodził Odwołujący. Odwołujący wskazał, że z upływem tej daty Zamawiający powinien był rozstrzygnąć protest, jeśli zaś tego nie uczynił, protest uważa się za oddalony na podstawie art. 183 ust. 3 ustawy. Dokonanie rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego w dacie 10 października 2008 r. i poinformowanie Odwołującego o odrzuceniu jego oferty jest – w ocenie Odwołującego - bezprawne.

Na marginesie swojego protestu Odwołujący wskazał, że jego oferta spełnia wszelkie wymogi określone SIWZ, w szczególności wymogi dotyczące przenikalności dla profilu na poziomie  $U_f \leq 1,3 \text{ W/m}^2 \text{ K}$ .

Zamawiający odnosząc się do podniesionych w proteście zarzutów w piśmie z dnia 24 października 2008 r. (doręczenie czytelnego pisma Odwołującemu dacie 27 października 2008 r.) protest odrzucił na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy, jako protest niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6 ustawy. Zgodnie z przywołanymi przepisami wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Zamawiający podniósł, że Odwołujący od jego decyzji z dnia 10 października 2008 r. o uwzględnieniu protestu JACK-BUD nie odwołał się, a zatem protest firmy JACK-BUD został ostatecznie rozstrzygnięty.

Zamawiający podniósł również, że rozstrzygnął protest zgodnie z wymaganiami ustawowymi, tj. w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu Ostatni termin na wniesienie protestu, a co się z tym wiąże możliwość przyłączenia się do wniesionego protestu upłynął w dniu 12 października 2008 r., a nie jak wyliczył Odwołujący w dniu 5 października 2008 r.

Z tą argumentacją Zamawiającego Odwołujący nie zgodził się, składając w piśmie z dnia 29 października 2008 r. (ta sama data nadania pisma w urzędzie pocztowym operatora publicznego) odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Kopia odwołania w dacie jego złożenia została przekazana Zamawiającemu. W treści odwołania Odwołujący podtrzymał zarzuty i argumentację oraz żądania zawarte w proteście, wnosząc również ewentualnie o unieważnienie całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść oferty Odwołującego oraz postanowienia SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że w związku ze złożeniem protestu w niniejszej sprawie w dniu 17 października 2008 r., tj. w dacie sprzed wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, skład orzekający podjął rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy w oparciu o stan prawny sprzed wejścia w życie przepisów nowelizacyjnych (tj. sprzed daty 24 października 2008 r.).

Skład orzekający Izby ustalił również, że Odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu przedmiotowego odwołania. Oferta Odwołującego została przez Zamawiającego odrzucona poprzez działanie Zamawiającego, któremu to działaniu Odwołujący zarzuca naruszenie przepisów ustawy. Zatem Odwołujący w wyniku bezprawnych – w ocenie Odwołującego - czynności został pozbawiony szans na uzyskanie niniejszego zamówienia. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpatrzenia odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy.

Skład orzekający Izby nie stwierdził podstaw do odrzucenia odwołania, o co wniósł Zamawiający oraz firma JACK – BUD – przystępujący do postępowania odwoławczego. W ocenie składu orzekającego Izby w niniejszej sprawie mamy do czynienia z nową czynnością Zamawiającego dokonaną w dniu 10 października 2008 r., polegającą na

ponownej ocenie ofert, w wyniku której to oceny oferta Odwołującego została odrzucona, a oferta JACK-BUD uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Rozkład czynności podejmowanych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, w związku z korzystaniem przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, wskazuje jednoznacznie, że Zamawiający uchybił terminowi na rozstrzygnięcie protestu złożonego przez firmę JACK-BUD w dniu 25 września 2008 r. W tej kwestii skład orzekający Izby uznał za słuszne stanowisko prezentowane przez Odwołującego. Zgodnie bowiem z art. 183 ust. 1 pkt 3 ustawy Zamawiający rozstrzyga jednocześnie wszystkie protesty dotyczące czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (z ewentualnymi decyzjami o wykluczeniu wykonawców z postępowania oraz odrzuceniu ofert). Czyni to w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu. W ocenianym przez Izbę postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego termin ten - w związku z poinformowaniem przez Zamawiającego o wynikach postępowania wszystkich pięciu wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w dacie 18 września 2008 r. - upływał w dniu 6 października 2008 r. (upływałby – jak twierdził Odwołujący - w dniu 5 października 2008 r., jednak z uwagi na to, że dzień ten był ustawowo wolnym od pracy – niedziela – upływ terminu uległ przesunięciu na kolejny dzień pracujący). Wykonawca JACK-BUD złożył protest w ustawowym terminie, wynikającym z treści art. 180 ust. 2 ustawy, w dacie 25 września 2008 r., licząc od daty powiadomienia o wynikach postępowania wszystkich wykonawców. Skoro do dnia 6 października 2008 r., tj. upływu ustawowego terminu, Zamawiający nie dokonał czynności rozstrzygnięcia protestu, stosownie do dyspozycji art. 183 ust. 3 ustawy protest został *ex lege* oddalony. Czynność, którą Zamawiający podjął w dniu 10 października 2008 r., jako rozstrzygnięcie protestu dokonane w terminie - została dokonana z uchybieniem terminu, a w związku z tym nie może wywoływać skutków prawnych takie jak rozstrzygnięcie protestu.

Skład orzekający Izby nie przychylił się jednak do stanowiska Odwołującego, że w związku z powyższym czynność Zamawiającego z dnia 10 października 2008 r. nie wywołuje żadnych skutków prawnych. W ocenie składu orzekającego Izby czynność ta jest *de facto* nową czynnością Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze oferty JACK-BUD, którą można było formalnie zaskarżyć w drodze protestu, a nie wnosić od tej czynności jako rozstrzygnięcia protestu odwołania. Odwołujący nie uchybił w tym zakresie przepisom prawa, złożył bowiem – jak podniesiono – najpierw protest, a następnie rozpatrywane przez Izbę odwołanie. Pod tym względem skład orzekający Izby uznał, że nie zachodzą przesłanki formalne wskazujące na niemożność rozpatrzenia odwołania ze względów formalnych.

Skład orzekający Izby uznał jednak, że w związku z powyższym nie pozostała w mocy decyzja Zamawiającego o wyborze oferty Odwołującego z dnia 18 września 2008 r.

Zamawiający bowiem – jak wskazano – podjął w niniejszym postępowaniu nową czynność, do podjęcia której miał prawo. Zamawiający po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej – w ocenie Izby – może dokonać ponownej czynności oceny ofert, jeśli stwierdzi, że oferta przez niego wybrana nie spełnia wymogów SIWZ i podlega odrzuceniu. Zawierając umowę z takim wykonawcą naraziłby się Zamawiający na nieważność tej umowy.

Z tych też względów czynność Zamawiającego z dnia 10 października 2008 r. należało ocenić jako nową czynność oceny ofert i ocenić ją pod kątem zarzutów i żądań zawartych w tym przedmiocie w proteście i w odwołaniu.

Odnosząc się zatem do podniesionych zarzutów skład orzekający Izby ustalił, że nie zasługują one na uwzględnienie. Odwołujący w treści swojego protestu, jak i odwołania nie wskazał żadnego argumentu na obronę ważności swojej oferty, twierdząc jedynie „*na marginesie*”, że jego oferta jest ważna i spełnia wszystkie wymogi SIWZ. Uwzględniając tę okoliczność skład orzekający Izby rozpatrując podniesiony zarzut oparł się na przedłożonym w postępowaniu materiale dowodowym oraz wyjaśnieniach stron postępowania i jego uczestnika.

I tak, Zamawiający w postanowieniach SIWZ, co było bezsporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego określił dla zamawianych okien wymóg współczynnika przenikalności dla profilu na poziomie  $U_f \leq 1,3 \text{ W/m}^2 \text{ K}$ . Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, zwrócił się do wykonawców składających oferty w postępowaniu, w tym również do Odwołującego, z zapytaniem o spełnianie tego wymogu w ofertach tych wykonawców. Odwołujący udzielił wyjaśnień poprzez przedłożenie Zamawiającemu określonych dokumentów, a także swoje oświadczenie, że przewiduje zastosowanie profilu 5-komorowego IDEAL 4000 o współczynniku  $U_f = 1,3 \text{ W/m}^2 \text{ K}$ . Załączone przez niego dokumenty nie wskazują jednak na to, aby oferowane okna przy zastosowaniu profilu spełniały ten wymóg współczynnika. Załączona aprobata techniczna AT 15-5331/2006, wskazuje, że dla żądanych w dokumentacji Zamawiającego okien jednoskrzydłowych prawych i lewych (po 276 sztuk), oznaczonych w aprobacie symbolami profili 14001-140020, współczynnik  $U_f$  jest równy 1,42. Do udzielonych wyjaśnień Odwołującego dołączono również raport z badań IFT z Rosenheim nr 455 25317/1 z dnia 17 kwietnia 2007 r., który co prawda opisuje wymagany przez Zamawiającego współczynnik przenikalności na poziomie 1,3, jednak dotyczy on zupełnie innych profili okien niż wymagane przez Zamawiającego w SIWZ (rama – 14007, skrzydło 14028). Uwzględniając tę okoliczność skład orzekający Izby potwierdził w ofercie Odwołującego niezgodność z wymaganiami SIWZ. Odnosząc się do argumentu Odwołującego, że jego oferta faktycznie tej niezgodności nie zawierała, a Zamawiający wywiódł ją dopiero z treści dokumentów przedłożonych przez Odwołującego w wyniku wyjaśnień treści oferty, które nie były wymagane SIWZ skład orzekający stwierdził, że Odwołujący po pierwsze nie zakwestionował w ustawowym terminie zasadności

skierowanego przez Zamawiającego wezwania do udzielania wyjaśnień, a po drugie poprzez udzielone wyjaśnienia potwierdził, że zamierza realizować zamówienie w omawianym zakresie (współczynnik przenikalności dla okien) w sposób niezgodny z wymogami SIWZ.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Poznaniu.**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....