

Sygn. akt: KIO 1114/12

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 11 czerwca 2012 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna PROWADZISZ**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z bez udziału stron, w Warszawie, w dniu 11 czerwca 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2012 r. przez wykonawcę **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 WROBIS S.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Szewskiej 3, 50-053 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Obiektów Sportowych Sp. z o.o. z siedzibą e Koszalinie przy ulicy Jedności 4, 75-401 Koszalin

przy udziale KORNAS DEVELOPMENT Sp. z o.o. Spółka Komandytowo Akcyjna z siedzibą w Kołobrzegu przy ulicy św. Wojciecha 10, 78-100 Kołobrzeg zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**postanawia:**

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 WROBIS S.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Szewskiej 3, 50-053 Wrocław** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 WROBIS S.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Szewskiej 3, 50-053 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koszalinie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający Zarząd Obiektów Sportowych Sp. z o.o. z siedzibą e Koszalinie przy ulicy Jedności 4, 75-401 Koszalinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. *Budowa „pod klucz z pierwszym wyposażeniem” kompleksu wodno – rekreacyjnego w Koszalinie.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, 10 października 2011 roku pod pozycją 2011/S 196-319281.

Wyrokiem z 15 maja 201 roku sygn. akt KIO 867/12 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. W uzasadnieniu orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza wskazała między innymi, że:

*Zamawiający zgodnie z cz. 12 SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny oferty. Informacje dotyczące walut obcych w jakich mogą być prowadzone rozliczenia pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą stwierdził, że: „Wykonawca określi w Formularzu oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) ogółem cenę ryczałtową brutto dla całego zamówienia (z VAT) ustaloną w oparciu o otrzymany od Zamawiającego Projekt Budowlano-wykonawczy z wyłączeniem instalacji solarnej i instalacji wody na cele obrony cywilnej i przedmiary robót traktowane wyłącznie pomocniczo oraz zastosowaniu przyjętej przez siebie bazy cenowej do kosztorysowania” (pkt 1); „Cena musi zawierać wszystkie, niezbędne koszty związane z realizacją zamówienia (w tym koszty: opłat administracyjnych niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, wszelkich ubezpieczeń, robót przygotowawczych, zagospodarowania i dozoru placu budowy, utrzymania zaplecza budowy, rozruchu technologicznego obiektu, wykonania instrukcji eksploatacji kompleksu wodno-rekreacyjnego, instalacji i urządzeń, przygotowania dokumentacji odbiorowej i powykonawczej, dokumentów niezbędnych do uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie oraz rozliczenia końcowego budowy, zużycia energii i wody itp. i inne koszty niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy do których WYKONAWCA jest zobowiązany na podstawie obowiązujących przepisów prawa i załączonego wzoru umowy.) i ewentualne upusty proponowane przez wykonawcę (nie dopuszczalne są żadne negocjacje cenowe).” (pkt 2); „Wynagrodzenie określone w Formularzu oferty nie będzie podlegać waloryzacji.” (pkt 4).*

Nadto, w ramach wzoru umowy (zał. 8 do SIWZ) zawarł w § 16 następujące postanowienia: „Strony ustalają, że za wykonanie przedmiotu umowy ZAMAWIAJĄCY zapłaci wynagrodzenie ryczałtowe brutto w kwocie (...)”. (ust.1); „Wynagrodzenie za wykonane roboty będzie wypłacane w oparciu o Harmonogram Robót i Płatności, sporządzony przez WYKONAWCĘ i zatwierdzony przez INŻYNIERA.” (ust. 2); „Wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w ust. 1 obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, nawet jeśli nie zostały wprost wyszczególnione w treści niniejszej Umowy. W szczególności wynagrodzenie uwzględnia ryzyko WKONAWCY z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją zadania, w tym wynikających z warunków gruntowo - wodnych oraz koszty wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, dostaw mediów, sporządzenia planu BIOZ, utrzymania zaplecza budowy oraz innych czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. WYKONAWCA mając możliwość uprzedniego ustalenia wszystkich warunków technicznych związanych z realizacją Umowy, nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia z powodu niedoszacowania, pominięcia czy braku rozpoznania zakresu przedmiotu umowy.” (ust. 8).

Zamawiający pismem z dnia 20.02.2012 r. zwrócił się w trybie art. 90 ust.1 Pzp: „(...) o wyjaśnienie dotyczące elementów mających wpływ na cenę. Wyjaśnienie to w formie pełnego kosztorysu w rozbiciu na składniki cenotwórcze (R, M, S) należy złożyć w terminie do 31.01.2012 r. w siedzibie Zamawiającego”. W dniu 30.01.2012 r. Odwołujący przekazał stosowne wyjaśnienia w formie 14 kosztorysów ofertowych. Nadto, w ramach oddzielnego pisma wskazał na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, jak i obiektywne czynniki takie jak znaczne zmiany w poziomie oferowanych cen przez przedsiębiorców budowlanych z uwagi na sytuację ekonomiczną w gospodarce oraz wzrost konkurencyjności, doświadczenie w zakresie wykonawstwa robót budowlanych na rzecz jednostek administracji publicznej, renomę, współpracę w wieloma podwykonawcami, zrealizowanie podobnego rodzaju zamówień takich, jak – Budowa hali widowiskowo-sportowej w Kołobrzegu, Budowa Inspektoratu ZUS, Budowa kompleksów basenowo-sportowych w Człuchowie i Kołobrzegu, czy projekt „Wyspa Solna” w zakresie inwestycji niepublicznych, realizowanie aktualnie prac nad Budową hal widowiskowo-sportowych w Gryficach i Maszewie, Budową kompleksu basenowego Termy Warmińskie, spadek cen materiałów budowlanych oraz możliwość nabywania materiałów po cenach wyjątkowo atrakcyjnych w związku z uzyskanymi rabatami, duże przeroby wynikające ze skali działalności ułatwiające wynegocjowanie istotnych upustów w cenach materiałów budowlanych, dobrą organizację pracy, prowadzenie działalności gospodarczej na obszarze, gdzie wysokość kosztów pracowniczych jest co do zasady niższa, własna kopalnia kruszyw, rozbudowana baza sprzętowa, siedziba w bezpośredniej bliskości realizowanej inwestycji.

*Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.*

*Po pierwsze, należy wskazać, że tak jak Izba podnosiła w części uzasadnienia dotyczącej oddalenia wniosku o powołanie biegłego, Zamawiający ustalił ryczałtowy charakter wynagrodzenia, jak i pomocniczy charakter przedmiarów robót. W konsekwencji przedłożone na wyraźne żądanie Zamawiającego (pismo z dnia 20.01.2012 r.) kosztorysy ofertowe (14) nie mogą być wystarczającą i miarodajną podstawą do uznania, iż zaoferowana cena ma charakter rażąco niski. Podobnie nie można wywodzić z faktu braku określonych elementów przedmiaru robót (charakter pomocniczy), czy też przedmiotu zamówienia w tych kosztorysach, że nie zostanie zrealizowany za zaoferowaną cenę cały przedmiot zamówienia. Z charakteru przyjętego wynagrodzenia wynika, że Wykonawca całe ryzyko związane z przyjętą i zaoferowaną ceną ryczałtową „bierze na siebie”. W konsekwencji przeprowadzona na tej podstawie weryfikacja przez Zamawiającego jest wadliwa. To Zamawiający narzucił Odwołującemu określoną formę wyjaśnień, w dużej mierze ograniczając jego działanie w tym zakresie. Odwołujący mógł uznać, że nie podporządkowanie się treści wezwania może mieć dla niego negatywne reperkusje. Zasadnie można więc uznać, że same wezwanie w tym zakresie może budzić wątpliwości. W ocenie Izby, brak było w ogóle podstaw do samego wezwania, a oparcie podejrzenia zaistnienia ceny rażąco niskiej (domniemanie praesumptio iuris) wyłącznie na jednym czynniku, tj. wysokości zaoferowanych cen przez pozostałych Wykonawców, w oderwaniu od wartości szacunkowej i kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na zrealizowanie zamówienia jest niewystarczające.*

31 maja 2012 roku wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby odwołanie wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 WROBIS S.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Szewskiej 3, 50-053 Wrocław.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez nie odrzucenie oferty KORNAS DEVELOPMENT Sp. z o.o. Spółka Komandytowo Akcyjna, mimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp poprzez nie wykluczenie wykonawcy KORNAS DEVELOPMENT Sp. z o.o. Spółka Komandytowo Akcyjna, mimo iż złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

**Uwzględniając dokumentację, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.**

Przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, winien samodzielnie ocenić swoje szanse na uzyskanie zamówienia oraz zdecydować o tym, czy zaskarżyć czynności lub zaniechania zamawiającego wobec ofert, które nawet potencjalnie mogły zagrażać jego pozycji, niezależnie od możliwości zgłoszenia przystąpienia w zakresie wniesionego ówczasie odwołania przez KORNAS DEVELOPMENT Sp. z o.o. Spółka Komandytowo Akcyjna.

Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity, a jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z tego środka ochrony prawnej.

Izba nie podziela poglądów, iż wykonawca nie ma interesu w skarżeniu zaniechań zamawiającego, w sytuacji gdy jako najkorzystniejsza została wybrana jego oferta. Otóż wybór ten, jeżeli nie miał charakteru ostatecznego, to odwołujący winien się liczyć z tym, że konkurent, który złożył ofertę z korzystniejszą ceną, może skorzystać ze środków zaskarżenia i podnieść skuteczne zarzuty przeciwko odrzuceniu jego oferty, co w niniejszym przypadku faktycznie nastąpiło. Dla wykazania interesu, nie jest konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo jego zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Taki stan rzeczy potwierdziła ETS w wyroku z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH i inni v. Autobahnenund Schnellstrassen-Finanzierungs-AG, Asfinag (C-410/01, [2003] ECR 6413, nr w SIP Lex: 158605), gdzie Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd: "fakt, że artykuł 1 ust. 3 Dyrektywy 89/665 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych, odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej Dyrektywą 92/50 odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, wyraźnie pozwala Państwom Członkowskim określać szczegółowe zasady, wedle których muszą wprowadzić procedury odwoławcze (zapewnione tą dyrektywą), dostępne dla każdej osoby, która ma lub miała interes w uzyskaniu danego zamówienia i która była lub ryzykuje bycie poszkodowaną w wyniku domniemanego naruszenia, co nie upoważnia instytucji zamawiających do nadawania terminowi "interes w uzyskaniu danego zamówienia" interpretacji, która mogłaby ograniczać efektywność tej dyrektywy."

W ocenie Izby, istnienie interesu po stronie Odwołującego, aby po dokonaniu oceny ofert w dniu 20 kwietnia 2012 r. domagać się odrzucenia oferty wykonawcy KORNAS DEVELOPMENT Sp. z o.o. Spółka Komandytowo Akcyjna, z wszystkich przyczyn czynność taką uzasadniających, a nie tylko z tych które podał Zamawiający jest niewątpliwy. Ponieważ jeżeli Zamawiający nie zbadał oferty w sposób skrupulatny, dokładny i całościowy, do czego

był zobowiązany, zachowując zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji, to już wówczas należało przypisać Zamawiającemu naruszenie przepisów i zaniechanie wykonania czynności nakazanych ustawą, stanowiące podstawę i uprawniające do wniesienia odwołania. Kolejna ocena ofert, w tym przypadku nakazana wyrokiem Izby z 15 maja 2012 roku sygn. akt KIO 867/12 oraz wykonana zgodnie z tym wyrokiem w dniu 21 maja 2012 r. nie przywróciła Odwołującemu terminu na zaskarżenie czynności czy zaniechań Zamawiającego, o których mógł powziąć wiadomość po dokonaniu poprzedniej oceny w dniu 20 kwietnia 2012 r.

Zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, wymaga aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone w zasadzie po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca nakazał jednoczesne wykonywanie wszystkich tych czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie postępowania, w tym jednoczesne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Powiadomieni równocześnie wykonawcy mają dostępny ten sam termin na zapoznanie się z wynikami przetargu, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości, na jego zakwestionowanie przewidzianymi ustawą środkami ochrony prawnej. Powyższa zasada znajduje odzwierciedlenie między innymi w przepisach art. 92, art.182, art. 185, art. 186 ust. 4, art.189 ust. 1 i 2 ustawy. (porównaj: Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 22 maja 2012 roku sygn. akt 970/12; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 9 lutego 2011 roku sygn. akt 157/11; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 27 kwietnia 2011 roku sygn. akt 792/11; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 20 czerwca 2011 roku sygn. akt 1237/11).

Izba wskazuje, że po 20 kwietnia 2012 r. nie nastąpiły w przedmiotowym postępowaniu żadne nowe okoliczności, poza czynnościami wykonanymi zgodnie z rozstrzygnięciem poprzedniego odwołania przytaczanym wyrokiem Izby 15 maja 2012 roku sygn. akt KIO 867/12, które mogłyby stanowić podstawę wnoszenia nowych środków zaskarżenia na czynności i zaniechania Zamawiającego. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej urzeczywistnia zaś istotny z punktu widzenia procedur zamówień publicznych postulat, szybkiego i sprawnego systemu weryfikacji czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie do pogodzenia z tymi celami jest, aby wykonawca kwestionował każdy kolejny wybór oferty, wynajdując po każdym etapie oceny, co raz to nowe powody i wady oferty, stwarzające preteksty do wnoszenia kolejnych odwołań. Dla wykonawcy jest dostępny termin na odwołanie od czynności czy zaniechań Zamawiającego wobec konkurencyjnej oferty, liczony od przesłania powiadomienia w zasadzie o pierwszej ocenie ofert. Izba uznała, iż nie zachodzą żadne

nowe okoliczności w sprawie, które upoważniałyby do wniesienia przedmiotowego odwołania.

Termin na wniesienie odwołania ma charakter zawity i jego bezskuteczny upływ w dniu 30 kwietnia 2012 r. spowodował wygaśnięcie uprawnień wykonawcy składającego przedmiotowe odwołanie do skorzystania z tego środka ochrony prawnej. Z tych względów Izba nie miała podstaw do merytorycznego rozpoznania odwołania.

Postępowanie w sprawie wykazało, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy, co obligowało Izbę do jego odrzucenia w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie.

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

**Przewodniczący:** .....