

Sygn. akt: KIO/UZP 1661/09

POSTANOWIENIE
z dnia 3 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Ewa Sikorska

Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 3 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w składzie: PBO Skobud Sp. z o.o. (pełnomocnik Konsorcjum), Holma Sp. z o.o. i Tiwwal Sp. o.o. z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum: ul. Kazimierza Tetmajera 89 B, 34-300 Żywiec** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miejską Jastrzębie Zdrój, Al. Piłsudskiego 60, 44-335 Jastrzębie Zdrój**, protestu z dnia 19 października 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. (Lider Konsorcjum), Mostostal Puławy S.A. i Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą dla Lidera konsorcjum: ul. Konstruktorska 11, 02-673 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w składzie: PBO Skobud Sp. z o.o. (pełnomocnik Konsorcjum), Holma Sp. z o.o. i Tiwwal Sp. o.o. z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum: ul. Kazimierza Tetmajera 89 B, 34-300 Żywiec** i nakazuje:
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego **Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w składzie: PBO Skobud Sp. z o.o. (pełnomocnik Konsorcjum), Holma Sp. z o.o. i Tiwwal Sp. o.o. z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum: ul. Kazimierza Tetmajera 89 B, 34-300 Żywiec;**
 - 2) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w składzie: PBO Skobud Sp. z o.o. (pełnomocnik Konsorcjum), Holma Sp. z o.o. i Tiwwal Sp. o.o. z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum: ul. Kazimierza Tetmajera 89 B, 34-300 Żywiec.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Modernizację i nadbudowę Hali Widowiskowo–Sportowej przy ul. Leśnej w Jastrzębiu Zdroju”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Konsorcjum firm: PBO SKOBUD Sp. z o.o. (pełnomocnik Konsorcjum), Holma Sp. z o.o. i Tiwwal Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum w Żywcu (dalej: „*Odwołujący*” lub „*PBO SKOBUD*”), zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 30 kwietnia 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 83-119484). Postępowanie to prowadzi 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 Pzp*”, Gmina Miejska Jastrzębie Zdrój (dalej: „*Zamawiający*”).

W postępowaniu tym Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w składzie: Mostostal Warszawa S.A. (Lider Konsorcjum), Mostostal Puławy S.A.. i Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie, (dalej: „*Konsorcjum Mostostal*” lub „*Przystępujący*”), o czym poinformował Odwołującego w dniu 9 października 2009 r. Na tę czynność Odwołujący w dniu 19 października 2009 r. złożył protest, który

został przez Zamawiającego rozstrzygnięty przez jego oddalenie w dniu 26 października 2009 r.

Od rozstrzygnięcia protestu w dniu 5 listopada 2009 r. Odwołujący złożył odwołanie, w którym podniósł zarzuty dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania jej odrzucenia, wskazując, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez:

- 1) przyjęcie, że oferta Przystępującego zawiera błędy, które mogą być poprawione;
- 2) poprawienie treści oferty Przystępującego, mimo braku podstaw do podjęcia takich czynności;
- 3) prowadzenie negocjacji z Przystępującym przez złożone na żądanie Zamawiającego wyjaśnienia i zgodę na poprawienie omyłek w jego ofercie;
- 4) dopuszczenie możliwości uzupełnienia treści oferty po upływie terminu składania ofert.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp. Stosownie do przywołanego przepisu ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, bez merytorycznego rozpoznania podniesionych w nim zarzutów, jeżeli dotyczy czynności, których zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, a wnosi je wykonawca wnoszący wcześniej protest lub wezwany do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu, zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że aktualnie kwestionowany przez Odwołującego wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej był ponownym wyborem tej oferty. Oferta Przystępującego była przez Zamawiającego wybrana wcześniej w dniu 22 lipca 2009 r., na co - w dniu 31 lipca 2009 r. - aktualny Odwołujący złożył protest, w którym wskazał na konieczność odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal jako sprzecznej z SIWZ, wskazując przy tym na szereg niezgodności kosztorysu ofertowego Konsorcjum Mostostal z przedmiarem robót stanowiącym załącznik do SIWZ. Protest ten został przez Zamawiającego w dniu 6 sierpnia 2009 r. częściowo uwzględniony, co do zarzutów dotyczących zmiany podstaw wyceny (zarzut nr I z protestu z dnia 31 lipca 2009 r.) oraz nieprawidłowego opisu robót w kosztorysach ofertowych (zarzut nr II z protestu z dnia 31 lipca 2009 r.). W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający podniósł jednak, że we wskazanym zakresie, co do oferty Przystępującego, podejmie działania na podstawie art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Od tego rozstrzygnięcia protestu Konsorcjum Mostostal wniosło do Prezesa UZP odwołanie, które wyrokiem z dnia 24 września 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1191/09) zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone z uwagi na brak interesu prawnego po stronie odwołującego się wówczas Konsorcjum Mostostal.

Izba Odwoławcza we wskazanym wyroku podniosła, że rozstrzygnięcie protestu dokonane przez Zamawiającego w dniu 6 sierpnia 2009 r. wskazywało na to, że Zamawiający przeprowadzi czynność wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a także czynność dokonana poprawienia określonych omyłek w ofercie Konsorcjum Mostostal w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Skład orzekający Izby, rozpoznający wskazanym wyrokiem odwołanie Konsorcjum Mostostal podniósł, że wnoszenie przez tego wykonawcę odwołania, wobec treści rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego z dnia 6 sierpnia 2009 r., było nieuprawnione i nie wskazywało na interes prawny do złożenia odwołania, rozumiany w kontekście art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba stwierdziła również, że Zamawiający we wskazanym rozstrzygnięciu protestu zobowiązał się do ponownego badania i oceny oferty Konsorcjum Mostostal w trybie wyjaśnień i poprawienia treści oferty, czyli w oparciu o przepis art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Tym samym też Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu z dnia 6 sierpnia 2009 r. nie zapowiedział, że odrzuci ofertę Konsorcjum Mostostal jako sprzeczną z SIWZ, o co wnosił w proteście z dnia 31 lipca 2009 r. aktualny Odwołujący. Gdyby zatem Zamawiający w wyniku dokonania czynności ponownej oceny oferty Konsorcjum Mostostal dokonał jej odrzucenia powyższe byłoby sprzeczne z jego zapowiedzią dokonaną w rozstrzygnięciu protestu, zatem podlegałoby odrębnemu oprostowaniu przez Konsorcjum Mostostal.

Jeśli więc Zamawiający wykonał czynności poprawienia omyłek w treści oferty Konsorcjum Mostostal w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzedzonych stosownym wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, dokonał tych czynności zgodnie z zapowiedzią zawartą w przywoływanym rozstrzygnięciu protestu, a tym samym również zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu PBO SKOBU D z dnia 31 lipca 2009 r., dokonanym wyrokiem KIO w tej sprawie z dnia 24 września 2009 r., które to orzeczenie w żaden sposób nie weryfikowało merytorycznego rozstrzygnięcia protestu dokonanego przez Zamawiającego.

Skład orzekający Izby stwierdził zatem, że Zamawiający dokonał czynności ponownego badania oferty Konsorcjum Mostostal zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu złożonego w dniu 31 lipca 2009 r. przez aktualnego Odwołującego, które to rozstrzygnięcie protestu definiuje art. 182 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjaśnienia treści oferty oraz poprawienie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wiążą się z koniecznością kontaktu Zamawiającego z wykonawcą (udzielenie wyjaśnień, zgoda na poprawienie omyłki), stąd też

powyższych czynności Zamawiającego nie należy traktować jako negocjacji z wybranym wykonawcą.

Jeśli Odwołujący nie zgadzał się z zapowiedzią dokonania czynności wyjaśnień treści oferty Mostostal oraz poprawienia w jej treści omyłek miał prawo w tym zakresie złożyć samodzielne odwołanie do Prezesa UZP od rozstrzygnięcia protestu dokonanego w dniu 6 sierpnia 2009 r., z czego nie skorzystał. Powyższe było tym bardziej uzasadnione, że w rozstrzygnięciu protestu przez Zamawiającego z dnia 6 sierpnia 2009 r. nie został uwzględniony jego zarzut dotyczący konieczności odrzucenia oferty Mostostal na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższe również zostało wyrażone przez Izbę w wyroku z dnia 24 września 2009 r., gdzie Izba odnosząc się do stanowiska PBO SKOBUD, wówczas Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, co do braku możliwości poprawienia omyłek w ofercie Konsorcjum Mostostal, uznała to stanowisko za sprzeczne z twierdzeniami strony, do której przystąpił ten wykonawca (Zamawiającego), wskazując jednocześnie, że w tym zakresie Konsorcjum PBO SKOBUD - jeśli nie zgadzało się z rozstrzygnięciem protestu co do konieczności wyjaśnień treści oferty Mostostal i poprawienia w niej błędów - mogło złożyć samodzielne odwołanie.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego zaprezentowanego w toku posiedzenia, że czynności Zamawiającego nie zostały wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, bowiem w wyroku KIO z dnia 24 września 2009 r. mówi się o konieczności poprawienia zarówno omyłek polegających na niezgodności z SIWZ (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), jak również poprawienia oczywistych omyłek (art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp), Izba stwierdza, że powyższe w żaden sposób nie deprecjonuje czynności Zamawiającego. Ze wskazanego wyroku, jak i treści rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego w dniu 6 sierpnia 2009 r., wynika, że Zamawiający zapowiedział, iż skorzysta z procedury poprawiania omyłek w ofercie Konsorcjum Mostostal oraz procedury wyjaśnień jej treści, wskazując na treść art. 87 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp. Uwzględniając powyższe w ust. 2 tego artykułu mieści się również dyspozycja poprawienia omyłek polegających na niezgodności z treścią SIWZ, z której to dyspozycji Zamawiający skorzystał, dokonując ponownie badania i oceny oferty Mostostal.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 2 i ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....