

Sygn. akt: KIO/UZP 1471/08

POSTANOWIENIE
z dnia 6 stycznia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu ~~rozprawie~~^{*} w dniu ~~w dniach~~ 06.01.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne TRAKT Bobrzak, Teclaw Sp. J. i P.I.B. MAWEX Włodzimierz Pawłowski, 99-300 Kutno, ul. Woźniaków 110** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Żychlin, 99-320 Żychlin, ul. Barlickiego 15** protestu ~~protestów~~^{*} z dnia 26.11.2008 r.

przy udziale wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego/odwołującego.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne TRAKT Bobrzak, Teclaw Sp. J. i P.I.B. MAWEX Włodzimierz Pawłowski, 99-300 Kutno, ul. Woźniaków 110**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne TRAKT Bobrzak, Teclaw Sp. J. i P.I.B. MAWEX Włodzimierz Pawłowski, 99-300 Kutno, ul. Woźniaków 110,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr. (słownie:.....) przez na rzecz stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne TRAKT Bobrzak, Teclaw Sp. J. i P.I.B. MAWEX Włodzimierz Pawłowski, 99-300 Kutno, ul. Woźniaków 110.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowości Żychlin ul. 1-go Maja i we wsi Pasieka, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (BZP Nr 1 poz. 254401 z 7.10.2008 r.) w dniu 26 listopada 2008 r. został złożony protest, a następnie odwołanie przez Konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Budowlano – Produkcyjne „TRAKT” Bobrzak, Teclaw Sp. j. z siedzibą w Kutnie, jako lider oraz Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane „MAWEX” Włodzimierz Pawłowski, jako partner. Wniesienie protestu było następstwem powiadomienia pismem z dnia 21 listopada 2008 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z tej przyczyny, że złożony kosztorys ofertowy, nie uwzględnia całości robót. Brak pozycji obejmującej prace rozebrania i odtworzenia koryt betonowych L=6,0 mb, odtworzenia murków oporowych i przepustów (1 kpl), odtworzenia drenażu melioracyjnego (50 kolizji z drenażem). Zamawiający w piśmie wyjaśniającym z dnia 24 października 2008 r.

nakazał uwzględnienie w/w robót z ich wyceną w kosztorysie ofertowym, według analizy własnej. Pozycje te należało ująć dodatkowo w stosunku do kosztorysu nakładczego - przedmiaru robót.

Odwołujący w proteście zarzucił Zamawiającemu – Gminie Żychlin naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) przez odrzucenie jego oferty. Odwołujący powołał się na naruszenie swego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył najkorzystniejszą ofertę w jedynym kryterium ceny, zatem bezprawne odrzucenie oferty pozbawiło go możliwości uzyskania zamówienia. W uzasadnieniu faktycznym zarzutów protestu Odwołujący podniósł, że w swojej ofercie zawarł oświadczenie o treści „oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ za cenę ryczałtową,” co uważał za wiążące. Skoro zaoferował wykonanie zamówienia za cenę ryczałtową oznacza to, że cena ofertowa obejmuje również wykonanie prac, określonych w punkcie 5,6 i 7 wyjaśnień nr 2 do SIWZ z dnia 24 października 2008 r., ponadto Zamawiający w rozdziale XII pkt 13 SIWZ postanowił, że jeżeli wykonawca w kosztorysie ofertowym nie ustali cen jednostkowych dla poszczególnych robót, to Zamawiający uzna, że ceny te zostały ujęte w cenach innych pozycji. Odwołujący stwierdził, że zobowiązał się do wykonania robót określonych w punkcie 5,6,7 wyjaśnień nr 2 do SIWZ, nie określając dla nich cen jednostkowych, co zgodnie z przytoczonym wyżej zapisem rozdziału XII pkt 13 SIWZ, oznacza, że roboty te zostały wycenione w innych pozycjach. Koszt przedmiotowych robót został wkalkulowany w cenę ryczałtową oferty według analizy własnej wyceny tych robót.

Pismem z dnia 9 grudnia 2008 r., doręczonym 10 grudnia 2008 r. Zamawiający oddalił protest. Podtrzymał argumenty o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, przez brak pełnej wyceny przedmiotu zamówienia w złożonym kosztorysie ofertowym. Podniósł również, że wynagrodzenie ustalone w tym postępowaniu ma charakter „mieszany ryczałtowo – kosztorysowy”, co ma wynikać z postanowień rozdziału XII SIWZ oraz z § 8 wzoru umowy, stanowiącej zał. nr 3 do specyfikacji. W szczególności zgodnie z § 8 ust. 4 wzoru umowy - nastąpi rozliczenie wartości ogólnej za przedmiot zamówienia, przyjętej w ofercie cenowej, a następnie w oparciu o faktycznie wykonany zakres robót, wynikający z prowadzonej przez wykonawcę i zatwierdzonej przez Zamawiającego książki obmiarów robót i cen jednostkowych netto z kosztorysu ofertowego (charakter kosztorysowy wynagrodzenia – dopisek Zamawiającego), do maksymalnej wartości wskazanej w ofercie i w umowie (charakter ryczałtowy wynagrodzenia – dopisek Zamawiającego). Zamawiający uznał, że w odniesieniu do oferty Odwołującego, ustalenie wynagrodzenia w opisany wyżej sposób nie jest możliwe, z braku stawek jednostkowych dodatkowych wymaganych robót.

Zdaniem Zamawiającego w tej sytuacji zwracanie się do Odwołującego o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp było bezcelowe, gdyż prowadziło by do zmiany treści oferty.

W odwołaniu wniesionym w dniu 12 grudnia 2008 r., z kopią przekazaną w tym samym terminie Zamawiającemu, zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości wraz z wnioskami:

1. o uwzględnienie odwołania i uznanie za niezgodną z prawem decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ,
2. o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert, oraz uznania iż oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ,
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza w trakcie posiedzenia dopuściła i przeprowadziła dowody: z dokumentacji akt postępowania, protokołu postępowania wraz z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego.

Nadto rozważyła stanowisko pełnomocników Zamawiającego, przedstawione do protokołu posiedzenia.

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 7 października 2008 r., zatem zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), z uwzględnieniem art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr . 171, poz. 1058), które stanowią, iż do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizacyjnej stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem przepisów dotyczących zmiany ogłoszeń, zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty, które stosuje się w brzmieniu nadanym ustawą nowelizacyjną.

Do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie powołanej ustawy, to jest od 24 października 2008 r. oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się przepisy działu VI ustawy Pzp po nowelizacji.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił co następuje.

Zawiadomienie o wynikach postępowania z dnia 21 listopada 2008 r. Zamawiający doręczył wykonawcom w różnych terminach. PW Hydrobud Paweł Złotowski oraz PUHB Cewogaz Jan Wolski potwierdzili odbiór zawiadomienia w dniu 24 listopada 2008 r. Zgodnie z art. 183 ust. 1 Pzp, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, Zamawiający jednocześnie rozstrzyga wszystkie protesty na wyniki oceny ofert, w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienia protestu. Termin ten przypadał na

dzień 1 grudnia 2008 r. Zatem rozstrzygnięcie protestów w dniu 9 grudnia 2008 r., z zawiadomieniem w dniu 11 grudnia 2008 r. należy uznać za dokonane w terminie ustawowym.

Z tych względów terminy na wniesienie środków ochrony prawnej zostały przez Odwołującego dochowane.

W postępowaniu zostało złożone 7 ofert. Cena oferty Odwołującego wynosząca 2 273 270,62 zł. brutto, jest najkorzystniejsza w tym jedynym ustalonym kryterium.

Wartość szacunkowa zamówienia podana w formularzu ZP-1 wynosi 2 707 296,47 zł. i jest niższa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Zatem Konsorcjum PBP „TRAKT” Bobrzak, Teclaw Sp. j. było uprawnione do wniesienia odwołania, stosownie do postanowień art. 184 ust. 1 i 1a pkt 4 Pzp, albowiem odwołanie dotyczy odrzucenia oferty Odwołującego, będącej jednocześnie ofertą najkorzystniejszą, co jest równoznaczne z wykazaniem naruszenia interesu prawnego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, w przypadku gdy zarzuty bezprawnego odrzucenia oferty znajdują potwierdzenie. Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 29 października 2008 r. Termin związania ofertą wynosił 30 dni. Na wezwanie Zamawiającego, został przez wykonawców przedłużony do dnia 29 grudnia 2008 r. i uległ zawieszeniu wskutek złożenia protestu. Według oświadczenia Zamawiającego, oferta Odwołującego nadal pozostaje zabezpieczona wadium, wniesionym w formie pieniężnej, gdyż nie skorzystał on z możliwości wycofania wadium na podstawie art. 46 ust. 2 Pzp.

Merytorycznemu rozpoznaniu odwołania stał jednak na przeszkodzie fakt, że Odwołujący stanowi Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwo Budowlano – Produkcyjne „TRAKT” Bobrzak, Teclaw Sp. j., jako lider oraz Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane „MAWEX” Włodzimierz Pawłowski, jako partner. Do oferty została dołączona umowa konsorcjum z dnia 28 października 2008 r., która w § 3 określa następujący sposób reprezentacji:

1. partnerzy ustanawiają partnerem głównym firmę Przedsiębiorstwo Budowlano – Produkcyjne TRAKT Bobrzak, Teclaw Sp. j. reprezentowaną przez Pawła Teclawa,
2. partner główny kieruje działalnością Konsorcjum, składa ofertę w imieniu Konsorcjum,
3. partnerzy udzielają partnerowi głównemu pełnomocnictwa do reprezentowania partnerów Konsorcjum we wszystkich sprawach dotyczących Konsorcjum tj. do reprezentowania wykonawców w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,
4. oświadczenia woli kierowane przez Zamawiającego do Konsorcjum winny być składane partnerowi głównemu, zgodnie z niniejszym umocowaniem.

Zgodnie z art. 14 Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23

kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny. Izba stwierdza, że pełnomocnictwo dla lidera Konsorcjum Odwołującego, wynikające z przedstawionej umowy ma charakter ogólny w rozumieniu art. 98 Kc. Stosownie do art. 23 ust. 1 Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o zamówienie. Wówczas ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy. Pełnomocnictwo dla lidera Konsorcjum ustanowione w umowie konsorcjum obejmuje jedynie postępowanie o udzielenie zamówienia i zawarcie umowy, a więc zawiera umocowanie do wniesienia protestu, który stanowi formę postępowania reklamacyjnego, rozpatrywanego przez Zamawiającego. Natomiast żadną miarą nie upoważnia lidera Konsorcjum do wnoszenia odwołania, które jest rozpatrywane przez instytucję zewnętrzną – Krajową Izbę Odwoławczą, w szczególnej procedurze określonej przepisami działu VI rozdział 3 Prawa zamówień publicznych. Do wniesienia odwołania wymagane jest pełnomocnictwo co najmniej rodzajowe w rozumieniu przepisów art. 98 Kc. Dla skutecznego wniesienia odwołania pełnomocnictwo takie winno być dołączone do odwołania, jeżeli wcześniej nie zostało złożone w dokumentach oferty, stosownie do postanowień § 1 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007r. w sprawie postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. 187 poz. 1327 ze zm.).

Pełnomocnictwo do wniesienia odwołania nie podlega uzupełnieniu. Izba stwierdza, że w dacie wniesienia odwołania lider Konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlano – Produkcyjne „TRAKT” Bobrzak, Teclaw Sp. j., nie był umocowany do tej czynności.

Z tych względów Izba zobligowana była odwołanie odrzucić na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony o czym orzekła postanowieniem zgodnie z art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy ~~wyrok~~/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*