

Sygn. akt: KIO/UZP 1852/09

KIO/UZP 1863/09

WYROK

z dnia 11 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

**Członkowie: Małgorzata Stręciwiłk
Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2010 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2010 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

- A. Romana Szczęchułę, prowadzącego działalność gospodarczą oznaczoną jako Firma Usługowa „Romus” Roman Szczęchuła, ul. W. Łokietka 22, 70-255 Szczecin (sygn. akt: KIO/UZP 1852/09),**
- B. Bożenę Mazurkiewicz, prowadzącą działalność gospodarczą oznaczoną jako „BM” Usługi Porządkowe Bożena Mazurkiewicz, ul. Krasińskiego 92/29, 71-443 Szczecin (sygn. akt KIO/UZP 1863/09)**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Budyneków i Lokali Komunalnych Zakład Budżetowy, ul. Mariacka 25, 70-546 Szczecin** protestów:

- A. Romana Szczęchuły, prowadzącego działalność gospodarczą oznaczoną jako Firma Usługowa „Romus” Roman Szczęchuła, ul. W. Łokietka 22, 70-255 Szczecin (sygn. akt: KIO/UZP 1852/09) z dnia 27 listopada 2009 r.**
- B. Bożeny Mazurkiewicz, prowadzącej działalność gospodarczą oznaczoną jako „BM” Usługi Porządkowe Bożena Mazurkiewicz, ul. Krasińskiego 92/29, 71-443 Szczecin (sygn. akt KIO/UZP 1863/09) z dnia 30 grudnia 2009 r.**

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.
2. Kosztami postępowania obciąża:
 - A. **Romana Szczęchułę, prowadzącego działalność gospodarczą oznaczoną jako Firma Usługowa „Romus” Roman Szczęchuła, ul. W. Łokietka 22, 70-255 Szczecin (sygn. akt: KIO/UZP 1852/09),**
 - B. **Bożenę Mazurkiewicz, prowadzącą działalność gospodarczą oznaczoną jako „BM” Usługi Porządkowe Bożena Mazurkiewicz, ul. Krasieńskiego 92/29, 71-443 Szczecin (sygn. akt KIO/UZP 1863/09)**

i nakazuje

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A. koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Romana Szczęchułę, prowadzącego działalność gospodarczą oznaczoną jako Firma Usługowa „Romus” Roman Szczęchuła, ul. W. Łokietka 22, 70-255 Szczecin (sygn. akt: KIO/UZP 1852/09),**
 - B. koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Bożenę Mazurkiewicz, prowadzącą działalność gospodarczą oznaczoną jako „BM” Usługi Porządkowe Bożena Mazurkiewicz, ul. Krasieńskiego 92/29, 71-443 Szczecin (sygn. akt KIO/UZP 1863/09),**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 325 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy trzysta dwadzieścia pięć złotych zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A. dokonać wpłaty kwoty **3 662 zł 50 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset sześćdziesiąt dwa złote pięćdziesiąt groszy) przez **Romana Szczęchułę, prowadzącego działalność gospodarczą oznaczoną jako Firma Usługowa „Romus” Roman Szczęchuła, ul. W. Łokietka 22, 70-255 Szczecin** na rzecz **Zarządu Budynków i Lokali Komunalnych Zakład Budżetowy,**

- ul. Mariacka 25, 70-546 Szczecin**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu,
- B.** dokonać wpłaty kwoty **3 662 zł 50 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset sześćdziesiąt dwa złote pięćdziesiąt groszy) przez **Bożenę Mazurkiewicz, prowadzącą działalność gospodarczą oznaczoną jako „BM” Usługi Porządkowe Bożena Mazurkiewicz, ul. Krasieńskiego 92/29, 71-443 Szczecin** na rzecz **Zarządu Budynków i Lokali Komunalnych Zakład Budżetowy, ul. Mariacka 25, 70-546 Szczecin** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **25 556 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A.** kwoty **12 778 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Romana Szczęchuły, prowadzącego działalność gospodarczą oznaczoną jako Firma Usługowa „Romus” Roman Szczęchuła, ul. W. Łokietka 22, 70-255 Szczecin,**
- B.** kwoty **12 778 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Bożeny Mazurkiewicz, prowadzącej działalność gospodarczą oznaczoną jako „BM” Usługi Porządkowe Bożena Mazurkiewicz, ul. Krasieńskiego 92/29, 71-443 Szczecin.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego - Gminę Miasto Szczecin - w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości w budynkach mieszkalnych i na terenach przyległych stanowiących własność Gminy Miasto Szczecin pozostających w zakresie działania Zarządu Budynków i Lokali Komunalnych Zakład Budżetowy w podziale na siedem części" protest w zakresie części II zamówienia złożył wykonawca Roman Szczęchuła - Firma Usługowa ROMUS.

Protestem objął czynności polegające na unieważnieniu prawomocnej czynności wyboru oferty i ponownego wyboru oferty Studenckiej Spółdzielni Pracy „Bratniak", zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 8 oraz art. 91 ust. 1

ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez bezpodstawny wybór oferty, która została skutecznie odrzucona.

Wykazując swój interes prawny wykonawca Roman Szczęchuła - Firma Usługowa ROMUS wskazał, że zaskarżone czynności zamawiającego pozbawiają go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, gdyż jego oferta została prawomocnie wybrana w dniu 14.08.2009 r.

W uzasadnieniu protestu wykonawca Roman Szczęchuła - Firma Usługowa ROMUS podał, że zamawiający, pismem z dnia 20.11.2009 r. (znak: ZBiLK/DZP/EB/621/09) powiadomił go o unieważnieniu czynności wyboru jego oferty, podjętej w dniu 14.08.2009 r., a jednocześnie o wyborze oferty SSP „Bratniak”.

Podniósł, że wybrana oferta została skutecznie odrzucona, a protest tego wykonawcy został ostatecznie rozstrzygnięty, poprzez jego oddalenie w dniu 27.08.2009 r., ponieważ wykonawca ten nie wniósł odwołania, co oznacza, że utracił status uczestnika przedmiotowego postępowania.

Podniósł, że żądanie zamawiającego o przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużenie zabezpieczenia wadium skierowane do wykonawcy, którego oferta została skutecznie odrzucona było bezprawne i nie wywołało żadnych skutków prawnych.

Stwierdził, że zamawiający nie mógł skutecznie dokonać wyboru oferty wykonawcy, którego oferta została ostatecznie odrzucona i która na obecnym etapie postępowania nie może być przedmiotem oceny i wyboru.

Zamawiający protest oddalił, wyjaśniając, że w dniu 20.11.2009 r., po uzyskaniu uzasadnionego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5.11.2009 r. sygn. akt: KIO/UZP/1358/09, podjął czynność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej Romana Szczęchuły, a także unieważnił czynność odrzucenia oferty wykonawcy Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak”.

Podniósł, że z uwagi na fakt, iż do czasu zawarcia umowy, zamawiający może podejmować wszelkie czynności w ramach postępowania, obie czynności, tj. zarówno wybór oferty najkorzystniejszej jak i odrzucenia oferty mogły być skutecznie podjęte, wobec czego brak jest podstaw do zarzucenia zamawiającemu naruszenia wskazanych w proteście przepisów ustawy.

Wskazał nadto, że wcześniej podjęte czynności zarówno wyboru, jak i odrzucenia ofert, poprzez dopuszczenie do stosowania w niniejszym postępowaniu do oceny ofert, art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należało przy odwołaniu się do art. 58 k.c. uznać za nieważne. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak”, nakazywało uznanie za nieważną czynność wyboru oferty protestującego,

gdyż wybór ten jest sprzeczny z ustawą Pzp wobec dokonania wyboru oferty, która okazała się niekorzystna.

W odwołaniu wykonawca Roman Szczęchuła - Firma Usługowa ROMUS podtrzymał zarzuty zawarte uprzednio w proteście.

Dodatkowo podniósł, że przyjęta przez zamawiającego wykładnia jest błędna, gdyż zamawiający pominął, iż poszczególne części zamówienia były rozpatrywane odrębnie i indywidualnie, zaś wyrok, na który powołuje się zamawiający został wydany w zakresie części V zamówienia.

Ponieważ przedmiotowy spór dotyczy części II, to wskazany wyrok KIO dotyczący części V nie wywołał i nie może wywołać jakichkolwiek skutków w zakresie II części zamówienia.

Odnosnie utraty przez SSP „Bratniak” statusu uczestnika postępowania w zakresie II części zamówienia powołał się na wyrok KIO o sygn. akt: KIO /UZP 399/08.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności unieważnienia dokonanego wyboru oferty wykonawcy Roman Szczęchuła - Firma Usługowa ROMUS oraz czynności wyboru SSP „Bratniak”.

W tym samym postępowaniu przetargowym protest złożył w zakresie części III wykonawca Bożena Mazurkiewicz - BM Usługi Porządkowe, zarzucając zamawiającemu rażące naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 8 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy, którego oferta została odrzucona, protest w tej sprawie oddalony, a wykonawca nie skorzystał z prawa do złożenia odwołania.

Wykazując swój interes prawny wykonawca Bożena Mazurkiewicz - BM Usługi Porządkowe wskazał, że po odrzuceniu oferty złożonej przez SSP „Bratniak” jego oferta jest najkorzystniejsza i to ona powinna zostać wybrana do realizacji części III zamówienia.

W uzasadnieniu protestu wskazał, że w dniu 14.08.2009 r. jego oferta została przez zamawiającego uznana za najkorzystniejszą, zaś oferta SSP „Bratniak” odrzucona.

SSP „Bratniak” złożył protest przeciwko tej decyzji, który został przez zamawiającego oddalony, wykonawca ten nie skorzystał z prawa do złożenia odwołania, co oznacza, że protest został ostatecznie rozstrzygnięty, oferta tego wykonawcy odrzucona, a sam wykonawca wykluczony.

W ocenie wykonawcy Bożena Mazurkiewicz - BM Usługi Porządkowe oznacza to, że taka oferta, nawet jeśli została odrzucona niezgodnie z przepisami Pzp, nie może być brana pod uwagę w dalszym toku postępowania, ponieważ wykonawca, który nie skorzystał z prawa do odwołania utracił status jego uczestnika i złożona przez niego oferta nie może podlegać powtórnej ocenie.

Zażądał unieważnienia decyzji wyboru oferty SSP „Bratniak” i podtrzymania decyzji pierwotnej, czyli wyboru jako najkorzystniejszej jego oferty.

Zamawiający protest oddalił, powielając argumentację zawartą w rozstrzygnięciu protestu złożonego przez wykonawcę Roman Szczęchuła - Firma Usługowa ROMUS.

W odwołaniu wykonawca Bożena Mazurkiewicz - BM Usługi Porządkowe podtrzymał zarzuty zawarte uprzednio w odwołaniu.

Dodatkowo wskazał, że wyrok, na który powołał się zamawiający dotyczył części V postępowania, a spór dotyczy wyboru oferty w części III, wobec czego wyrok nie może mieć zastosowania w części spornej.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty SSP „Bratniak” oraz dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Na podstawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia - Prawo zamówień publicznych, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (ZP-1) wraz z załącznikami, ofert złożonych w części II, III i V zamówienia, w szczególności przez Studencką Spółdzielnię Pracy „Bratniak”, odwołującego się Romana Szczęchułę, odwołującą się Bożenę Mazurkiewicz, Zakład Utrzymania Czystości „Posesja” Paweł Borowiec, Protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej zamawiającego z dnia 08.09.2009 r., pism zamawiającego informujących wykonawców o wynikach postępowania z dnia 14.08.2009 r. oraz 20.11.2009 r., oświadczeń wykonawcy Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak” o przedłużeniu terminu związania ofertą i ważności wadium z dnia 21.11.2009 r. i 14.12.2009 r., wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1358/09, protestów, rozstrzygnięć protestów, odwołań oraz stanowisk stron zgłoszonych ustnie do protokołu rozprawy Izba ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Izba ustaliła także, że obaj odwołujący posiadali interes prawny do wniesienia tak protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutów, że zamawiający bezprawnie dokonał w dwóch częściach wyboru innego wykonawcy zamiast ofert odwołujących się, oznaczałoby dla odwołujących się szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia w części II i III.

Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołania, wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odniesienie części II zamówienia

W części II zamówienia oferty złożyło dwóch wykonawców: Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak” z ceną 14 233,82 zł (po poprawieniu 14 247,82 zł) oraz odwołujący się Romana Szczęchuła z ceną 19 547,75 zł.

Obaj wykonawcy wnieśli wadium w formie pieniądza.

Pismem z dnia 14.08.2009 r. (ZBiLK/DZP/EB/403/09) zamawiający poinformował odwołującego się Romana Szczęchułę o wyborze jego oferty w części II zamówienia.

Jednocześnie zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty złożonej w tej części przez Studencką Spółdzielnię Pracy „Bratniak”, wskazując jako powód to, że wykonawca w formularzu ofertowym podał cenę jednostkową brutto za sprzątnięcie 1 m² z dokładnością do czterech miejsc po przecinku.

Na czynność odrzucenia oferty wykonawca Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak” złożył protest. Protest został przez zamawiającego oddalony, a wykonawca nie złożył odwołania.

Taką samą podstawę odrzucenia oferty zamawiający wskazał w odniesieniu do wykonawcy Zakład Utrzymania Czystości „Posesja” Paweł Borowiec, który złożył ofertę w części V zamówienia.

Wykonawca ten złożył protest na czynność odrzucenia złożonej przez niego oferty, a następnie, wobec oddalenia protestu przez zamawiającego, odwołanie.

Zamawiający, wobec analogicznej sytuacji w odniesieniu do części II i III, wstrzymał dalsze czynności, tj. zawarcie umów w części II i III zamówienia (akceptacja Dyrektora ZBiLK na Protokole z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 08.09.2009 r.).

Odwołanie zostało wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1358/09 uwzględnione. Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty na część V zamówienia oraz poprawienie oferty odwołującego w zakresie stawek jednostkowych brutto za 1 m² za sprzątnięcie powierzchni zewnętrznych w formularzu ofertowym odwołującego z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek w formularzu ofertowym i w ofercie cenowej, a nadto dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej na część V zamówienia.

Zamawiający, zgodnie z wyrokiem Izby, poprawił omyłki w formularzu ofertowym wykonawcy Zakład Utrzymania Czystości „Posesja” Paweł Borowiec, a dodatkowo także w formularzu ofertowym wykonawcy Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak” w części II i III zamówienia.

Pismem z dnia 20.11.2009 r., doręczonym zamawiającemu w tej samej dacie wykonawca Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak” wyraził zgodę na poprawienie omyłek rachunkowych wskazanych przez zamawiającego w piśmie z dnia 20.11.2009 r. (znak: ZBiLK/DZP/EB/608/09) dotyczących części II i III zamówienia.

W dniu 20.11.2009 r. zamawiający poinformował odwołującego się Romana Szczęchułę, że w części II unieważnił czynność wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, dokonał ponownej oceny ofert i dokonał wyboru oferty wykonawcy Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak”.

Pismem z dnia 15.12.2009 r., doręczonym zamawiającemu 16.12.2009 r., odwołujący się Romana Szczęchuła przedłużył w części II zamówienia termin związania ofertą i ważność wadium do 14.02.2010 r.

Pismem z dnia 14.12.2009 r., doręczonym zamawiającemu 15.12.2009 r. wykonawca Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak” przedłużył w części II (oraz III) termin związania ofertą i ważność wadium do dnia 30.01.2010 r.

Odnosnie części III zamówienia

W części III zamówienia oferty złożyło czterech wykonawców: Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak” z ceną 21 713,30 (po poprawieniu 21 733,99 zł) zł, odwołująca się Bożena Mazurkiewicz z ceną 23 515,00 zł, konsorcjum firm w składzie: Hospital Serwis Sp. z o.o. oraz DC System Sp. z o.o. z ceną 44 561,89 zł, a także Instal - Dom Marek Błaż z ceną 29 676,77 zł.

Zarówno odwołująca się, jak i wykonawca Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak” wnieśli wadium w formie pieniądza.

Pismem z dnia 14.08.2009 r. (ZBiLK/DZP/EB/411/09) zamawiający poinformował odwołującą się Bożenę Mazurkiewicz o wyborze jej oferty w części III zamówienia.

Jednocześnie zamawiający zawiadomił o odrzuceniu między innymi oferty złożonej w tej części przez Studencką Spółdzielnię Pracy „Bratniak”, wskazując jako powód to, że wskazany wykonawca w formularzu ofertowym podał cenę jednostkową brutto za sprzątnięcie 1 m² z dokładnością do czterech miejsc po przecinku.

Na czynność odrzucenia oferty wykonawca Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak” złożył protest. Protest został przez zamawiającego oddalony, a wykonawca nie złożył odwołania.

Taką samą podstawę odrzucenia oferty zamawiający wskazał w odniesieniu do wykonawcy Zakład Utrzymania Czystości „Posesja” Paweł Borowiec, który złożył ofertę w części V zamówienia.

Wykonawca ten złożył protest na czynność odrzucenia złożonej przez niego oferty, a następnie, wobec oddalenia protestu przez zamawiającego, odwołanie.

Zamawiający, wobec analogicznej sytuacji w odniesieniu do części II i III, wstrzymał dalsze czynności, tj. zawarcie umów w części II i III zamówienia (akceptacja Dyrektora ZBiLK na Protokole z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 08.09.2009 r.).

Odwołanie zostało wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1358/09 uwzględnione. Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty na część V zamówienia oraz poprawienie oferty odwołującego w zakresie stawek jednostkowych brutto za 1 m² za sprzątnięcie powierzchni zewnętrznych w formularzu ofertowym odwołującego z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek w formularzu ofertowym i w ofercie cenowej, a nadto dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej na część V zamówienia.

Zamawiający, zgodnie z wyrokiem Izby, poprawił omyłki w formularzu ofertowym wykonawcy Zakład Utrzymania Czystości „Posesja” Paweł Borowiec, a dodatkowo także w formularzu ofertowym wykonawcy Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak” w części II i III zamówienia.

Pismem z dnia 20.11.2009 r., doręczonym zamawiającemu w tej samej dacie wykonawca Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak” wyraził zgodę na poprawienie omyłek rachunkowych wskazanych przez zamawiającego w piśmie z dnia 20.11.2009 r. (znak: ZBiLK/DZP/EB/608/09) dotyczących części II i III zamówienia.

W dniu 20.11.2009 r. zamawiający poinformował odwołującą się Bożenę Mazurkiewicz, że w części III unieważnił czynność wyboru jej oferty jako najkorzystniejszej, dokonał ponownej oceny ofert i dokonał wyboru oferty wykonawcy Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak”.

Pismem z dnia 16.12.2009 r., doręczonym zamawiającemu 18.12.2009 r., odwołująca się Bożena Mazurkiewicz przedłużyła w części III zamówienia termin związania ofertą i ważność wadium do 14.02.2010 r.

Pismem z dnia 14.12.2009 r., doręczonym zamawiającemu 15.12.2009 r. wykonawca Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak” przedłużył w części III (oraz II) termin związania ofertą i ważność wadium do dnia 30.01.2010 r.

Obaj odwołujący się zakwestionowali możliwość poddania badaniu i ocenie, a także wyboru oferty wykonawcy, który zdaniem odwołujących utracił status uczestnika postępowania w następstwie nie złożenia odwołania wobec oddalającego rozstrzygnięcia protestu złożonego przez tego wykonawcę.

Izba zważyła, co następuje.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji, ani nie posługuje się pojęciem „uczestnika postępowania”. Niewątpliwym natomiast jest to, że w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uczestniczą: zamawiający oraz wykonawcy.

Pod pojęciem „wykonawcy” ustawa rozumie osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Przywołane rozumienie „wykonawcy”, zawarte w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, definiuje wykonawcę w odniesieniu do różnych etapów postępowania.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest na etapie po upływie terminu składania ofert (co nastąpiło 22.07.2009 r.), a przed zawarciem umowy.

W świetle przywołanej definicji legalnej Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak” jest wykonawcą - osobą prawną, która złożyła ofertę. W toku przedmiotowego postępowania przetargowego wykonawca ten nie został wykluczony z udziału w tym postępowaniu. Złożone przez tego wykonawcę oferty w części II i III zamówienia były zabezpieczone wadium, w tym w momencie wyboru tych ofert jako najkorzystniejszych. Wadia nadal pozostają na rachunku bankowym zamawiającego, a wykonawca - Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak” nie zażądał ich zwrotu.

Pomimo faktu, że termin związania ofertą wskazanego wykonawcy upłynął 30.01.2010 r., to zawarcie umowy o zamówienie publiczne z tym wykonawcą, którego oferta została wybrana w terminie związania ofertą jest możliwe. Nie stoi temu na przeszkodzie przepis art. 94 ust. 1 ustawy Pzp, obligujący zamawiającego do zawarcia umowy w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty.

W związku z powyższym uznać należy, że zamawiający dysponuje zarówno w części II, jak i w części III zamówienia ważną ofertą i fakt, że wykonawca Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak” nie złożył odwołania wobec oddalenia protestu na bezpodstawne odrzucenie złożonych przez niego ofert nie czyni tych ofert nieważnymi. Brak podstawy prawnej, czy to w ustawie Prawo zamówień publicznych, czy w przepisach odrębnych, aby uznać, że oferty częściowe wykonawcy, który nie złożył odwołania są nieważne. Z faktem nie złożenia przez wskazanego wykonawcę odwołania należy wiązać wyłącznie ustawowy zakaz podważania przez tego wykonawcę w drodze środków ochrony prawnej decyzji zamawiającego o odrzuceniu ofert złożonych przez niego w dwóch częściach zamówienia.

Nie sposób również uznać, że wykonawca Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak” nie jest nadal zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia publicznego, skoro po upływie terminu na wniesienie odwołania składał oświadczenie w przedmiocie

przedłużenia terminu związania ofertą i ważności wadium (pismo z dnia 20.11.2009 r. oraz pismo z dnia 14.12.2009 r. , podpisane przez Prezesa Zarządu Tomasza Raclawskiego oraz Członka Zarządu Mirosława Graczyka) oraz nie zażądał do tej pory zwrotu wadium.

Obowiązkiem zamawiającego jest przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), co zapewnić ma zgodny z przepisami ustawy Pzp wybór oferty najkorzystniejszej. Celem postępowania jest bowiem zawarcie ważnej umowy z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą.

W przedmiotowym postępowaniu w przypadku każdej z części zamówienia ofertą najkorzystniejszą winna być niepodlegająca odrzuceniu oferta z najniższą ceną, ponieważ cena, z godnie z Rozdziałem XII pkt 2 SIWZ, stanowi jedyne kryterium oceny ofert, a zatem jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 91 ust. 1 ustawy Pzp).

Biorąc pod uwagę wskazane obowiązki zamawiającego i cel prowadzenia postępowania, a także brak zakazu podjęcia przez zamawiającego czynności ponownej oceny ofert, pomimo wcześniejszego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, uznać należy, że obowiązkiem zamawiającego jest weryfikacja własnych, błędnych decyzji.

Z taką błędną decyzją zamawiającego, polegającą na odrzuceniu oferty wykonawcy Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak”, będącą następstwem zaniechania przez zamawiającego ustawowego obowiązku poprawienia w ofercie omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu.

Fakt, że Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się co do oferty innego wykonawcy (wykonawcy Zakład Utrzymania Czystości „Posesja” Paweł Borowiec, który złożył ofertę w części V) nie uniemożliwia zamawiającemu, wobec tożsamości podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia, poprawienia takich samych rodzajowo omyłek w ofercie wykonawcy Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak”. Żaden z odwołujących nie kwestionował zresztą tych tożsamości, ani faktu poprawienia przez zamawiającego omyłek w ofercie wykonawcy Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak”.

Czynności zamawiającego w przedmiotowym stanie faktycznym Izba uznaje za prawidłowe i leżące tak w interesie zamawiającego, jak i odwołujących się, których oferty pierwotnie zamawiający wskazał jako najkorzystniejsze.

Podnieść bowiem należy, że zawarcie umowy w części II z odwołującym się Romanem Szczęchułą oraz w części III z Bożeną Mazurkiewicz byłoby obarczone nieważnością z mocy prawa na podstawie przepisu art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

Skoro bowiem zamawiający w sposób bezprawny odrzucił oferty wykonawcy Studencka Spółdzielnia Pracy „Bratniak” w części II i III zamówienia, a w obu tych częściach były to najniższe cenowo oferty, a zatem oferty najkorzystniejsze, to bezsprzecznie wybór innej oferty tak w części II, jak i w części III byłby rażącym naruszeniem ustawy, a nadto

naruszeniem mającym wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, ponieważ zamawiający dokonałby wyboru jako ofert najkorzystniejszych ofert z wyższą ceną.

W takim przypadku nie doszłoby do wyboru zgodnego z przepisami ustawy, który mógłby być podstawą udzielenia ważnego zamówienia publicznego (art. 7 ust. 3 ustawy Pzp)

Weryfikacja przez zamawiającego własnych, błędnych czynności spowodowała, że wada tego postępowania została usunięta.

Przyjęcia stanowiska odwołujących się oznaczałoby w istocie poszerzenie ustawowego katalogu podstaw odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp) o przesłankę odrzucenia oferty będącą następstwem decyzji wykonawcy, polegającej na nie złożeniu odwołania.

Przyznać należy rację odwołującym co do tego, że każda z części zamówienia udzielanego w ramach jednego postępowania jest odrębna, autonomiczna.

Jednakże Izba stoi na stanowisku, że zamawiający ma prawo do weryfikacji prawidłowości swoich działań w toku całego postępowania aż do zawarcia umowy, w tym ma prawo poddać ponownie ocenie oferty złożone w postępowaniu, niezależnie od korzystania przez wykonawców w tym względzie z przysługujących im środków ochrony prawnej. Jeśli bowiem zamawiający stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Pzp nie może kontynuować postępowania, ignorując ten fakt. Powyższe zmierzałoby do zawarcia nieważnej umowy o zamówienie publiczne. Taka weryfikacja działań własnych zamawiającego nie zagraża w żadnej mierze żadnemu z wykonawców, ponieważ każdemu z nich przysługuje prawo wnoszenia środków ochrony prawnej w odniesieniu do każdej czynności zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3, 89 ust. 1 pkt 8 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i na podstawie przepisu art. 191 ust.1 zdanie pierwsze orzekła jak w sentencji.

Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 4 ustawy Pzp oraz § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327), w związku z art. 187 ust. 1 ustawy Pzp, wobec zarządzenie przez Prezesa Krajowej Izby łącznego rozpoznania odwołań o sygn. akt: KIO/UZP 1852 i KIO/UZP 1863/09 (Zarządzenie z dnia 13 stycznia 2010 r.) wydała w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

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

Jednocześnie też Izba, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b 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 z późn. zm.), uznała za uzasadnione koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia oraz dojazdu pełnomocnika.

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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....