

Sygn. akt KIO/UZP 848/10

POSTANOWIENIE
z dnia 24 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Aneta Młacka
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 24 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **HYDROBUDOWĘ GDAŃSK S.A.**, ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie**, al. Jana Pawła II 42, 70-415 Szczecin protestu z dnia 16 kwietnia 2010 r.

- przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Intop Szczecin Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Hydrogeobudowa Sp. z o.o., 3. Intop Tarnobrzeg Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Wiosenna 6, Skarbmierzyce, 72-002 Dołuje zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

- przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. PBI KORNAS Sp. z o.o., (pełnomocnik), 2. Bogdan Kornas prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano-Inżynieryjne KORNAS Bogdan Kornas, adres dla pełnomocnika: ul. Św. Wojciecha 10, 78-100 Kołobrzeg zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **HYDROBUDOWĘ GDAŃSK S.A., ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk** 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 wpisu uiszczonego przez **HYDROBUDOWĘ GDAŃSK S.A., ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **HYDROBUDOWY GDAŃSK S.A., ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk.**

UZASADNIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu odwołania - na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron - stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu.

W niniejszej sprawie Izba miała na względzie następujące okoliczności faktyczne i prawne:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania inwestycyjnego pn.: „Zabezpieczenie przeciwpowodziowe doliny rzeki Parsęty poniżej m. Osówko, w tym m. Kołobrzegu, Karlina, Białogardu”, w którym zostało wniesione rozpatrywane odwołanie, oraz do postępowania odwoławczego mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 ze zm., zwana dalej ustawą PZP], przed zmianą jej przepisów ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 223, poz. 1778, zwana ustawą zmieniającą), zgodnie z art. 4 powołanej ustawy zmieniającej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało skierowane do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 sierpnia 2009r., a zatem jego wszczęcie nastąpiło przed dniem 29 stycznia 2009 r. tj. przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej.

Izba ustaliła także, iż zarzuty podnoszone w odwołaniu dotyczą:

I. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum - PBI KORNAS Sp. z o.o., oraz Bogdan Kornas prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano-Inżynieryjne KORNAS Bogdan Kornas [dalej Konsorcjum PBI KORNAS], uznanej za najkorzystniejszą pomimo, że:

1. wskazany Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, tj. warunku opisanego przez Zamawiającego w pkt V.5 SIWZ IDW, dotyczącego wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, prac konstrukcyjno - budowlanych dotyczących budowli lub obiektów hydrotechnicznych lub obiektów melioracji wodnych o podobnym charakterze o łącznej wartości powyżej 10 mln złotych rocznie w dwóch wybranych latach lub wykonanie w dwóch kolejnych latach w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania, [a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie] - prac konstrukcyjno - budowlanych dotyczących budowli lub obiektów hydrotechnicznych lub obiektów budowlanych melioracji wodnych o podobnym charakterze o łącznej wartości powyżej 20 mln. PLN.
2. oferta Wykonawcy jest obciążona poważnymi uchybieniami formalnymi w zakresie kosztorysu ofertowego, co do sposobu obliczenia ceny, z uwagi na brak wartości stawek oraz zestawień, a także zmianę technologii i materiałów.

Powyższe powinno skutkować odrzuceniem oferty wymienionego Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, z uwzględnieniem także przepisu art. 24 ust.4 tej ustawy.

II. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Intop Szczecin Sp. z o.o. oraz Hydrogeobudowa Sp. z o.o., i Intop Tarnobrzeg Sp. z o.o. [dalej Konsorcjum INTOP], sklasyfikowanej na drugiej pozycji pomimo, że oferta wykonawcy obciążona jest poważnymi uchybieniami formalnymi, wobec zaistnienia, których winna zostać odrzucona, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6 PZP lub wykonawca wskazany winien zostać wykluczony z niniejszego postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 PZP. Powyższe zarzuty dotyczą:

1. błędu w obliczeniu ceny, o którym stanowi przepis art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy PZP;

2. oznaczeniu ceny w tysięcznych i dziesięciotysięcznych częściach złotego (do trzech i czterech miejsc po przecinku) co powoduje, iż w tej części oferta jest niezgodna z polskim systemem płatniczym wynikającym z przepisów ustaw;
3. braku skuteczności pełnomocnictw załączonych do oferty Konsorcjum.

Rozpatrując odwołanie, co do podstaw formalno-prawnych, o których stanowi przepis art. 187 ust.4 ustawy PZP oraz art. 181 ust.6 ustawy PZP, Izba dopuściła dowód z akt sprawy: KIO/UZP 1864/09, KIO/UZP 1868/09 oraz KIO/UZP 60/10.

W odniesieniu do zarzutu, nie wykazania przez Konsorcjum PBI KORNAS warunku udziału w postępowaniu, ustalonego w pkt V.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ] – Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu w tej części na podstawie art. 187 ust.4 pkt 4 ustawy PZP. W tym przypadku Izba miała na względzie fakt, iż w proteście z dnia 14 grudnia 2009 r. wnoszący protest, a następnie odwołanie wykonawca – Konsorcjum INTOP podniósł w zasadniczej sferze tożsame zarzuty i żądania – powołując się na załącznik nr 3 oraz ustalenia protestującego wykonawcy - że roboty ujęte w wykazie dotyczą inwestycji polegającej na budowie obiektu mieszkalno, hotelowo, sanatoryjnego Diva Spa, który to budynek w żaden sposób – w świetle przepisów prawa budowlanego nie może być uznany za budowlę lub obiekt hydrotechniczny. Izba ustaliła także, że protest ten został ostatecznie rozstrzygnięty w dniu 23 lutego 2010 r., albowiem w tej dacie Izba wydała postanowienie kończące postępowanie odwoławcze o umorzeniu, w związku z cofnięciem przez Konsorcjum INTOP odwołania. Zatem, odwołanie w tej części podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust.4 pkt 4 ustawy PZP, z uwagi na to, że w tych konkretnych okolicznościach faktycznych, protest a następnie odwołanie *de facto* zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie. W odwołaniu bowiem wniesionym w piśmie z dnia 7 maja 2010 r. Odwołujący także podał w uzasadnieniu tego zarzutu, że sporna inwestycja była realizowana jako budynek sanatoryjno-wypoczynkowy, co nie spełnia cech budowli czy obiektu hydrotechnicznego wymaganego postanowieniami specyfikacji. Wykonawca przyznał jednocześnie – w toku posiedzenia - że nie przystąpił do postępowania protestacyjnego wywołanego protestem z dnia 14 grudnia 2009 r. [wezwanie Zamawiającego z dnia 15 grudnia 2009 r.). Fakt odtajnienia przez Zamawiającego opinii projektanta – zgodnie z powołanym wyrokiem KIO z dnia 9 lutego 2010 r. oraz referencji załączonej do wykazu (załącznika nr 3) nie spowodował zdaniem Izby, że Odwołujący podniósł nowe okoliczności – nie ujęte w proteście z dnia 14 grudnia 2009 r. Konsorcjum INTOP - dotyczące braku spełnienia przez Konsorcjum „PBI KORNAS” wymaganego w specyfikacji warunku.

Uwzględniając także przepis art. 181 ust.6 ustawy PZP, wykonawca wezwany do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu nie może następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego dokonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Tym samym, uwzględniając odpowiednio art. 187 ust.4 pkt 4 ustawy PZP, odwołanie w tej części podlega odrzuceniu, albowiem Odwołujący wiadomość o okolicznościach podnoszonych w proteście z dnia 16 kwietnia 2010 r. mógł powziąć z protestu Konsorcjum INTOP z dnia 14 grudnia 2009 r.

Rozpatrując odwołanie w zakresie zarzutu, dotyczącego oferty Konsorcjum PBI KORNAS i jej niezgodności z treścią specyfikacją, co do odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy PZP, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut ten został rozstrzygnięty przez Izbę w wyroku z dnia 9 lutego 2010r., sygn. akt: KIO UZP 1864/10 oraz KIO/UZP 1868/10, w którym Izba oddaliła zarzut podniesiony przez Odwołującego – Hydrobudowę Gdańsk S.A., co do niezgodności oferty konsorcjum PBI KORNAS ze specyfikacją, mającej wynikać ze złożonego kosztorysu. A zatem, w tym przypadku ma zastosowanie przepis art. 187 ust.4 pkt 5 ustawy PZP, zgodnie z którym odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli odwołujący powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania wniesionego przez tego samego odwołującego w tym samym postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum INTOP - opartych na przepisie art. 89 ust.1 pkt 2 i 3, Izba uznała, iż odwołanie w tej części także podlega odrzuceniu. W tym przypadku, Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia protestu z dnia 16 kwietnia 2010 r. mógł powziąć najpóźniej z datą zapoznania się z ofertą wykonawcy INTOP, co miało miejsce po wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 2 grudnia 2009 r. Zatem wniesienie protestu w dniu 16 kwietnia 2010 r. KIO uznała za spóźnione. Z tych też względów odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust.4 pkt 4 ustawy PZP w zakresie zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny, o którym stanowi przepis art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy PZP, a także w zakresie zarzutu niezgodnego z polskim systemem płatniczym sposobem oznaczenia ceny.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego oferty Konsorcjum INTOP w zakresie podstaw odrzucenia oferty z art. 89 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy PZP, skład orzekający Izby stwierdził, że zarzut braku skuteczności pełnomocnictwa Konsorcjum, także był rozpatrywany przez Izbę powołanym wyrokiem. Tym samym odwołanie w tej części, w zakresie wskazanego zarzutu podlega odrzuceniu zgodnie z art. 187 ust.4 pkt 5 ustawy PZP. Dotyczy bowiem

okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania [sygn. akt KIO/UZP 1864/09 i KIO/UZP 1868/09], wniesionego przez tego samego odwołującego się w tym samym postępowaniu.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) 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:

.....

.....