

WYROK

z dnia 20 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2020 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Drogowe Sp. z o.o. DYLMEX – Inwestycje Spółka Komandytowa oraz Przedsiębiorstwo Drogowe Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Staszowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Powiatowy Zarząd Dróg w Mielcu z siedzibą w Mielcu**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBI Infrastruktura S. A. oraz PBI WMB Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Kraśniku** zgłaszających przystąpienie po stronie **Zamawiającego**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Drogowe Sp. z o.o. DYLMEX – Inwestycje Spółka Komandytowa oraz Przedsiębiorstwo Drogowe Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Staszowie i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Drogowe Sp. z o.o. DYLMEX – Inwestycje Spółka Komandytowa oraz Przedsiębiorstwo Drogowe Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Staszowie tytułem wpisu od odwołania;**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 2019 r., poz. 1843 ze zm. z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiatowy Zarząd Dróg w Mielcu z siedzibą w Mielcu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Remont drogi powiatowej Nr 1 153R relacji Czermin – Ziempińów – Słupiec w km 4+460-7 + 745 w m. Ziempińów w granicach istniejącego pasa drogowego*”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Drogowe Sp. z o.o. DYLMEX – Inwestycje Spółka Komandytowa oraz Przedsiębiorstwo Drogowe Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Staszowie (zwani dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 21 września 2020 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBI Infrastruktura S. A. oraz PBI WMB Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Kraśniku, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, art. ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, z uwagi iż wykonawcy w złożonej ofercie złożyli oświadczenie o zakończeniu robót w dniu 31 października 2020 r., t.j. po terminie zakończenia robót określonym przez Zamawiającego w SIWZ. Odwołujący wniósł o unieważnienia wszystkich czynności Zamawiającego od momentu otwarcia ofert, tj. poprawienia przez Zamawiającego oferty Wykonawcy Konsorcjum firm: PBI Infrastruktura S.A. oraz PBI WMB Sp. z o.o., wyrażenia przez tego Wykonawcę zgody na poprawienie jego oferty przez Zamawiającego oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; dokonania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum firm: PBI Infrastruktura S.A. oraz PBI WMB Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp; powtórzenia czynności oceny (punktacji ofert) - tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofert z pominięciem oferty Konsorcjum firm: PBI Infrastruktura SA oraz PBI WMB Sp. z o.o., która to oferta winna zostać odrzucona; powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia: PBI Infrastruktura S. A. oraz PBI WMB Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Kraśniku jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBI Infrastruktura S. A. oraz PBI WMB Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Kraśniku (zwanym dalej również: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający – Powiatowy Zarząd Dróg w Mielcu z siedzibą w Mielcu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Remont drogi powiatowej Nr 1 153R relacji Czermín – Ziempińów – Słupiec w km 4+460-7 + 745 w m. Ziempińów w granicach istniejącego pasa drogowego”*. Zamawiający w dniu 15 września 2020 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBI Infrastruktura S. A. oraz PBI WMB Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Kraśniku.

Według Odwołującego oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem wykonawcy w złożonej ofercie złożyli oświadczenie o zakończeniu robót w dniu 31 października 2020 r., tj., po terminie zakończenia robót określonym przez Zamawiającego w SIWZ, który to termin został określony przez Zamawiającego na dzień 30 października 2020 r.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko wskazał, iż Zamawiający miał podstawy do stwierdzenia, iż oferta złożona przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBI Infrastruktura S.A. oraz PBI WMB Sp. z o.o. nie odpowiada treści SIWZ w sferze merytorycznej. Odwołujący wskazał na pkt 5.1. SIWZ, wedle którego Zamawiający wymagał, aby Wykonawca zrealizował roboty budowlane objęte zamówieniem

publicznym w nieprzekraczalnym terminie do dnia 30 października 2020 r. Według Odwołującego o tym, że Zamawiający traktował tę datę jako istotny element zamówienia publicznego świadczył fakt, iż Zamawiający w SIWZ dokonał pogrubienia tej daty. Ponadto Zamawiający w treści formularza oferty, który zgodnie z pkt 22.1. stanowił załącznik do SIWZ, przewidział w pkt 5 informację o tym w jakim terminie Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia. Odwołujący wskazał, iż w złożonej przez Wykonawcę Konsorcjum firm: PBI Infrastruktura S.A. oraz PB1 WMB Sp. z o.o. ofercie Wykonawca ten zobowiązał się do realizacji przedmiotu zamówienia publicznego w terminie dłuższym niż wymagany przez Zamawiającego zgodnie z treścią SIWZ. W związku z powyższym Zamawiający, w ocenie Wykonawcy, zobowiązany był do odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż oferta Wykonawcy była merytorycznie sprzeczna z wymaganiami SIWZ dotyczącymi terminu zakończenia robót budowlanych.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut Odwołującego postawiany Zamawiającemu w przedmiocie niezasadnego odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w świetle przedstawionego materiału dowodowego należało uznać za niezasadny.

Izba ustaliła, iż pismem z dnia 7 września 2020 r. Zamawiający poinformował Przystępującego o poprawieniu przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp omyłki w ofercie Przystępującego. Poprawiona omyłka dotyczyła oznaczenia właściwego terminu zakończenia robót budowlanych na dzień 30 października 2020 r., zamiast na dzień 31 października 2020 r. Ponadto w tym samym dniu Pan T. K. — przedstawiciel Przystępującego za pomocą wiadomości e-mail złożył oświadczenie o wyrażeniu zgody na poprawę oferty Przystępującego w zaproponowanej przez Zamawiającego formie.

W ocenie Izby nie można zgodzić się z twierdzenia Odwołującego jakoby Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodzić należało się że w tym stanie faktycznym Przystępujący omyłkowo zadeklarował w ofercie termin zakończenia robót na dzień 31 października 2020 r., zamiast

na dzień 30 października 2020 r., a jego rzeczywisty zamiar wykonania zamówienia do dnia 30 października 2020 r. potwierdzały pozostałe elementy oferty, a zwłaszcza fakt, że Przystępujący zadeklarował gotowość na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ, uznał się związanym postanowieniami i zasadami postępowania określonymi w SIWZ, oraz zobowiązał się do zawarcia umowy z Zamawiającemu na zasadach określonych w SIWZ (w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego) (pkt 1,7, 16 oferty Przystępującego).

Zamawiający sprostował jedynie termin zakończenia prac wskazany przez Przystępującego z dnia 31 października 2020 r., na dzień 30 października 2020 r. Trudno zatem mówić o celowym działaniu Przystępującego skoro przedmiot zamówienia stanowią roboty budowlane a jeden dzień (omyłkowo wskazany przez Przystępującego znacząco nie wpłynie na realizację przedmiotu zamówienia). Ponadto sprostowanie przez Zamawiającego omyłki w ofercie Przystępującego nie doprowadziło do ingerencji w przedmiot zamówienia, technikę jego realizacji oraz oferowaną cenę — gdyż oferta Przystępującego spełniała w tym zakresie wszystkie wymagania SIWZ. W dodatku, Zamawiający sprostował termin zakończenia robót na dzień 30 października 2020 r., a więc na dzień który dla Zamawiającego był terminem granicznym na realizację zamówienia. Co więcej, sprostowanie przez Zamawiającego omyłki w ofercie Przystępującego nie doprowadziło do zmiany ilości punktów przyznanych jego ofercie, gdyż termin realizacji zamówienia nie został w SIWZ uznany jako jedno z kryteriów oceny ofert. W konsekwencji wobec złożonych oświadczeń przez Przystępującego – w świetle SIWZ – Zamawiający zasadnie dokonał czynności poprawienia ww. omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp a poprawa takiej omyłki nie doprowadziła do zmiany treści oferty w sposób znaczący, nie wpływając na technikę wykonania oraz przedmiot realizacji.

Co do zarzutu Odwołującego formułowanego na rozprawie jakoby Pan T. K. nie był umocowany do działania w imieniu Przystępującego, Izba zgodziła się że zarzut taki nie został sformułowany w odwołaniu a powyższego zarzutu nie można wywieść ze stwierdzenia, że Zamawiający jednostronną czynnością dokonał skrócenia terminu realizacji umowy (...). Zauważenia wymaga, że zarzut to nie tylko wskazanie podstawy prawnej, ale także określenie okoliczności faktycznych stanowiących podstawę wniesienia takiego odwołania, Izba zaś w świetle przepisów ustawy Pzp związana jest jedynie zarzutami odwołania i nie jest uprawniona do rozpoznawania zarzutów poza wniesione odwołanie.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....