

WYROK

z dnia 25 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **15 listopada 2010 r.** przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. (lider konsorcjum), TAYLOR Sp. z o.o., z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Puchaczów, ul. Lubelska 22, 21-013 Puchaczów**,

przy udziale wykonawcy **SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazać powtórzenie czynności oceny ofert.**
- 2. kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego Gminę Puchaczów, ul. Lubelska 22, 21-013 Puchaczów i nakazuje:**

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. (lider konsorcjum), TAYLOR Sp. z o.o., z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez Zamawiającego **Gminę Puchaczów, ul. Lubelska 22, 21-013 Puchaczów** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. (lider konsorcjum), TAYLOR Sp. z o.o., z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Lublinie.**

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Odwołujący – konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. w Piasecznie (lider) i „TAYLOR” Sp. z o.o. uczestniczące w przetargu nieograniczonym na wykonanie robót budowlanych na budowę sieci kanalizacyjnej dla miejscowości Ciechanki, Ostrówek, Szpica, Zawadów i Jasieniec wniósł odwołanie na czynność wyboru oferty firmy Skanska S.A. i zarzucił zamawiającemu, którym jest Gmina Puchaczów naruszenie art. 7 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 3 pzp poprzez niezastosowanie się do wyroku KIO z 2.11.2010 r. sygn. akt KIO 2283/10, art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 pzp poprzez ponowne zwrócenie się do firmy Skanska S.A. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty firmy Skanska S.A. z powodu rażąco niskiej ceny oferty, art. 7 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp poprzez dokonanie wyboru oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia pomimo niezłożenia stosownych wyjaśnień dotyczących ceny rażąco niskiej.

Wniósł o nakazanie unieważnienia czynności ponownego wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nakazanie unieważnienia decyzji z 5.11.2010 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie odrzucenia oferty firmy Skanska S.A. i wykluczenia tej firmy z postępowania.

Uzasadniając zarzuty odwołujący wskazał, że w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert nakazanej wyrokiem KIO z 2.11.2010 r. zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Skanska S.A., mimo iż na podstawie tego wyroku firma Skanska powinna zostać wykluczona z postępowania. Odwołujący zauważył, że w wyroku Izby potwierdzono zarzut zaniechania odrzucenia oferty firmy Skanska na podstawie art. 90 ust. 3 pzp wobec braku wymaganych wyjaśnień dotyczących ceny oferty. W ocenie odwołującego czynność ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień była niezgodną z ustawą i była skutkiem błędnej interpretacji wyroku Izby.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że wykonał czynności ponownego badania i oceny ofert zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 2.11.2010 r.

Przystępujący do postępowania wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 5 ustawy jako dotyczącego czynności wykonanej zgodnie z treścią wyroku oraz o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że zamawiający wypełniając sentencję wyroku Izby unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty i przystąpił do ponownego badania i oceny ofert, w toku którego wezwał firmę Skanska S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przystępujący stwierdził, że wzywając go

zamawiający zastosował swoje uprawnienie z art. 87 ust. 1 ustawy i nie ma ustawowych ograniczeń co do ilości żądanych wyjaśnień.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron oraz w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że w sprawie nie zachodzi przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania, w szczególności podniesiona przez przystępującego, a przewidziana w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Izba stwierdza, że czynności podjęte przez zamawiającego po wydaniu wyroku Izby z dnia 2 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2283/10, w zakresie ponownego zwrócenia się do firmy Skanska S.A. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę, nie są zgodne z przywołanym wyrokiem. Wymaga podkreślenia, że treścią wyroku nie jest jedynie jego sentencja, lecz całe rozstrzygnięcie.

Należy zauważyć, że powyższy wyrok uwzględniający odwołanie i nakazujący powtórzenie czynności badania i oceny ofert zawiera merytoryczne ustalenia i rozstrzygnięcia dokonane przez Izbę, które wiążą zamawiającego w toku ponownej oceny ofert. Takim rozstrzygnięciem jest ustalenie w zakresie spełnienia przez przystępującego do postępowania warunku udziału w postaci posiadania wymaganego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Kolejnym zaś wiążącym rozstrzygnięciem, istotnym przy rozpatrywaniu sprawy niniejszej, jest potwierdzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż firma Skanska S.A. nie udzieliła wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę, czego skutkiem jest obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych. Powyższe okoliczności wobec ich potwierdzenia, nie podlegają ponownemu badaniu i wymagają uwzględnienia przy dokonywaniu nakazanej wyrokiem ocenie ofert. Tym samym nakazanie przez Krajową Izbę Odwoławczą powtórzenia czynności badania i oceny ofert nie uprawniało zamawiającego do ponownego zwrócenia się do Skanska S.A. o złożenie wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy. Należy zauważyć, że w poprzednio wydanym wyroku Izba nie zakwestionowała i nie nakazała unieważnienia czynności wezwania o udzielenie wyjaśnień. Dokonała jednocześnie ich oceny prawnej. Ponowne wezwanie do składania wyjaśnień, w istocie nowych wyjaśnień, prowadziłoby do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w prowadzonym postępowaniu. Izba nie podziela przy tym poglądu, jakoby zwrócenie się o wyjaśnienie dotyczące elementów oferty mających wpływ na cenę, miało za podstawę prawną w art. 87 ust. 1 ustawy, który dopuszcza w zależności od potrzeb zamawiającego, żądanie wyjaśnień dotyczących treści oferty. W okolicznościach sprawy rozpatrywanej prowadziłoby to do naruszenia ustawowej zasady z art. 7 ust. 1 i stanowiłoby obejście przepisu art. 90 ust. 3

ustanawiającego obowiązkowy skutek w postaci odrzucenia oferty wobec braku złożenia wyjaśnień. Skutek ten wskazany został także w wyroku z dnia 2 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2283/10. W konsekwencji oznacza to, że w wyniku nakazanej niniejszym wyrokiem ponownej oceny ofert zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na potwierdzenie zarzutu braku stosownych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Podstawą prawną odrzucenia stanowi art. 90 ust. 3 */in principio/* ustawy prawo zamówień publicznych.

W świetle powyższego, orzeczono, jak wyżej.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 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), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....