

Sygn. akt: KIO/UZP 1191/09

WYROK
z dnia 24 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. (Lider Konsorcjum), Mostostal Puławy S.A. i Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą dla Lidera konsorcjum: ul. Konstruktorska 11, 02-673 Warszawa (adres do korespondencji: ul. Kocmyrzowska 13A, 31-750 Kraków)** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miejska Jastrzębie Zdrój, Al. Piłsudskiego 60, 44-335 Jastrzębie Zdrój**, protestu z dnia 31 lipca 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD Sp. z o.o. (Lider konsorcjum), Holma Sp. z o.o. i Tiwwal Sp. z o.o. z siedziba dla Lidera Konsorcjum: ul. Bracka 30, 34-300 Żywiec**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. (Lider Konsorcjum), Mostostal Puławy S.A. i Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą dla Lidera konsorcjum: ul. Konstruktorska 11, 02-673 Warszawa (adres do korespondencji: ul. Kocmyrzowska 13A, 31-750 Kraków)** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. (Lider Konsorcjum), Mostostal Puławy S.A. i Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Konstruktorska 11, 02-673 Warszawa (adres do korespondencji: ul. Kocmyrzowska 13A, 31-750 Kraków);**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. (Lider Konsorcjum), Mostostal Puławy S.A. i Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Konstruktorska 11, 02-673 Warszawa (adres do korespondencji: ul. Kocmyrzowska 13A, 31-750 Kraków).**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Modernizację i nadbudowę Hali Widowiskowo–Sportowej przy ul. Leśnej w Jastrzębiu Zdroju”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. (Lider Konsorcjum), Mostostal Puławy S.A. i Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie, (dalej „*Odwołujący*”), zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 30 kwietnia 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 83-119484). Postępowanie to prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą Pzp*”, Gmina Miejska Jastrzębie Zdrój (dalej: „*Zamawiający*”).

W postępowaniu tym Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty *Odwołującego*, o czym poinformował wykonawców w dniu 22 lipca 2009 r. W związku z tą czynnością Zamawiającego inny uczestnik postępowania o zamówienie publiczne, tj. Konsorcjum firm: PBO SKOBUD Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Holma Sp. z o.o. i Tiwwal Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Żywcu (dalej: „*Konsorcjum SKOBUD*” lub „*Przystępujący*”), w dniu 31 lipca 2009 r. złożył protest, w którym wskazał na konieczność odrzucenia oferty *Odwołującego* jako sprzecznej z SIWZ, wskazując przy tym na szereg niezgodności kosztorysu ofertowego *Odwołującego* z przedmiarem robót stanowiącym załącznik do SIWZ.

O złożonym proteście Zamawiający poinformował innych wykonawców, w tym w dniu 31 lipca 2009 r. Odwołującego, który w dniu 3 sierpnia 2009 r. zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. W przystąpieniu, odnosząc się do wykazywanych niezgodności w jego kosztorysie ofertowym wskazał, że bądź wskazane w proteście pozycje zostały przez niego prawidłowo wycenione i opisane, bądź, że w niektórych pozycjach wkradła się pomyłka pisarska, którą należy poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął złożony protest poprzez jego częściowe uwzględnienie. Zamawiający uwzględnił zarzut co do nieprawidłowości kosztorysów ofertowych Odwołującego w zakresie zmiany podstaw wyceny (kosztorys nr 6 „Parkingi i place”, element 3 podelement 3.1, poz. 11 i kosztorys nr 32 „Instalacje elektryczne cz. nowa”, element 1, pozycja 29) oraz nieprawidłowego opisu robót (kosztorys nr 12 „Hala wentylacyjna”, element 2, podelement 2.1, pozycja 8, kosztorys nr 12 „Hala wentylacyjna”, element 6, podelement 6.1, pozycja 29, kosztorys ofertowy nr 31 „Instalacje elektryczne cz. stara”, pozycja 19), stwierdzając, że w tym zakresie uznanie przez Zamawiającego przywołanych w proteście pozycji kosztorysu ofertowego Odwołującego za prawidłowe, bez podjęcia jakichkolwiek działań w związku z treścią pkt 24 SIWZ oraz art. 87 ust. 1, czy też art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, byłoby obarczone wadą.

Odwołujący od rozstrzygnięcia protestu w części uwzględnionej przez Zamawiającego w dniu 17 sierpnia 2009 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych) złożył odwołanie, którego kopię w tej samej dacie przekazał Zamawiającemu. W odwołaniu wskazywał, że wykazywane w jego ofercie niezgodności nadają się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego swoje przystąpienie w dniu 16 września 2009 r. (wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych), złożyło Konsorcjum SKOBUD, wnosząc o oddalenie odwołania.

W toku postępowania toczącego się w związku z zastosowaniem środków ochrony prawnej strony postępowania i Przystępujący zaprezentowały następujące stanowiska w sprawie:

I. Stanowisko Odwołującego.

Odwołujący w odwołaniu wywodził, że Zamawiający poprzez uwzględnienie protestu we wskazanym zakresie dopuścił się zaniechania poprawienia oczywistych omyłek

pisarskich oraz innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, czym naruszył art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 w związku z art. 7 ustawy Pzp.

Na rozprawie podtrzymał swoje stanowisko i wskazał na konieczność poprawienia przywołanych nieprawidłowości w jego ofercie poprzez:

- 1) dokonanie czynności poprawienia jako oczywistych omyłek pisarskich w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp tych pozycji oferty Odwołującego, które zostały opisane w pkt I i II protestu, tj.:
 - a) w kosztorysie nr 6 – „Parkingi i place”, element 3, podelement 3.1, poz. 11, poprzez wpisanie w miejscu omyłkowo wprowadzonej właściwej podstawy wyceny w brzmieniu „*KNR 2-31 0103/04*” (dokonana w ofercie wycena dotyczy właściwej podstawy);
 - b) w kosztorysie nr 32 – „Instalacje elektryczne cz. nowa”, element 1, poz. 29 poprzez wpisanie w miejsce omyłkowo wprowadzonej niewłaściwej podstawy wyceny w brzmieniu „*KNR 5-08 0101-10*” (dokonana w ofercie wycena dotyczy właściwej podstawy);
 - c) w kosztorysie nr 12 – „Hala wentylacyjna”, element 2, podelement 2.1, poz. 6 oraz w elemencie 6, podelement 6.1, poz. 29, poprzez zastąpienie w tych miejscach dotychczasowego sformułowania: „*Bez zbiornika buforowego*” wyrażeniem: „*ze zbiornikiem buforowym*”;
 - d) w kosztorysie nr 31 „Instalacje elektryczne cz. stara”, poz. 19, poprzez zmianę opisu pozycji w sposób uwzględniający ujęty przez Odwołującego w wycenie właściwy materiał, tj. „*łączniki instalacyjne p.t. w puszcze schodowe*”,
- 2) dokonania czynności poprawienia jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w kosztorysie nr 32 „Instalacje elektryczne cz. nowa”, element 1, poz. 29, poprzez wprowadzenie właściwego współczynnika do $R=1$.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie powyższych czynności oraz w konsekwencji o nakazanie dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego zgodnie z wcześniej dokonanym wyborem.

Jako potwierdzenie swojego stanowisko Odwołujący w odwołaniu oraz na rozprawie powoływał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wskazujące na konieczność poprawienia przywoływanych omyłek w jego ofercie we wskazanym trybie.

Odwołujący na rozprawie wskazywał, że brak precyzji co do zamierzeń dokonania określonych czynności przez Zamawiającego w wyniku uwzględnienia protestu zmusił Odwołującego do złożenia odwołania, wskazując przy tym, że brak złożenia w tym momencie odwołania uniemożliwiłby Odwołującemu późniejsze złożenie protestu, a następnie ewentualnego odwołania, w przypadku odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego w wyniku podjętych czynności wynikających z rozstrzygnięcia protestu, od którego Odwołujący nie odwołałby się.

II. Stanowisko Zamawiającego.

Zamawiający, podtrzymał swoje stanowisko z rozstrzygnięcia protestu co do konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego co do treści oferty Odwołującego i dokonania w tym zakresie poprawienia omyłek w kosztorysie ofertowym. W trakcie posiedzenia i rozprawy przed Izbą wywodził, że odwołanie zostało przez Odwołującego złożone przedwcześnie, jak również nie poprzedzone protestem, z uwagi na to, że dotyczy czynności jeszcze niedokonanych przez Zamawiającego. Podkreślił przy tym, że Odwołujący wyraża swoisty brak zaufania do Zamawiającego co nie jest w żadnej mierze usprawiedliwione.

Ponadto podnosił, że na etapie rozstrzygnięcia złożonego protestu nie mógł dokonać czynności poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego z uwagi na to, że powinien tego dokonać w trakcie czynności badania i oceny ofert, których dokonanie zapowiedział w rozstrzygnięciu protestu. Podkreślił, że musiał w tym zakresie skorzystać z uprawnienia uzyskania stosownych wyjaśnień od Odwołującego w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a więc samodzielnie poprosić o te wyjaśnienia Odwołującego, a nie opierać się wyłącznie na tym, co Odwołujący przekazał mu w toku postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez innego wykonawcę w ramach zgłoszenia przystąpienia do tego postępowania.

III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący w ramach postępowania odwoławczego popiera stanowisko Zamawiającego. W piśmie procesowym z dnia 23 września 2009 r., przedłożonym w toku rozprawy wskazywał dodatkowo, że oferta Odwołującego w zakresie stanowiącym przedmiot odwołania (zarzuty z protestu Konsorcjum SKOBUD określone w pkt I i II protestu) nie nadaje się do poprawienia, gdyż wskazywane tam nieprawidłowości nie mają charakteru oczywistej omyłki pisarskiej, a także nie wskazują na niezgodność z treścią SIWZ, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty Odwołującego. Podkreślił, że niezgodność skutkująca koniecznością poprawienia ceny oferty nie jest niezgodnością co do treści oferty bowiem w zakresie tego pojęcia mieści się ta część oferty, która określa zakres i

sposób realizacji przedmiotu zamówienia. Powoływał się w tym zakresie na orzecznictwo Zespołów Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowanych w proteście, przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, rozstrzygnięciu protestu i odwołaniu oraz przystąpieniu do postępowania odwoławczego, jak i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w szczególności ze względu na przedwczesne złożenie odwołania oraz nie poprzedzenie go protestem - wobec wniosku Zamawiającego i Przystępującego, złożonego na posiedzeniu w tym zakresie.

Złożone przez Odwołującego odwołanie dotyczy bowiem – jak wprost wynika z jego treści – nie czynności Zamawiającego, polegającej na dokonaniu, czy też zapowiedzi dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem procedury wyjaśnień treści oferty i poprawienia w niej omyłek – lecz zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności poprawienia omyłek w jego ofercie. Izba ustaliła, że na moment składania odwołania Zamawiający faktycznie dokonania tej czynności zaniechał, więc z formalnego punktu widzenia, pod kątem oceny terminowości złożenia środka ochrony prawnej, wobec możliwości zaskarżenia w tym trybie zarówno czynności Zamawiającego, jak i jego bezprawnych zaniechań, odwołanie nie jest przedwczesne. Podstawą oceny Izby zatem, ale już na rozprawie bez skutku w postaci odrzucenia odwołania, może być ocena, czy owo zaniechanie jest usprawiedliwione, czy też nie, co kwestionuje Odwołujący.

Nie można również twierdzić, że Odwołujący złożył odwołanie, które nie zostało poprzedzone protestem. Protest w niniejszej sprawie dotyczącej konkretnych nieprawidłowości w ofercie Odwołującego, co do których istnieć bądź nie istnieje możliwość ich poprawienia, został bowiem złożony przez innego wykonawcę (Przystępujący). Do tego to postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu swoje przystąpienie, odpierając podniesione zarzuty w proteście, zgłosił Odwołujący, co przewiduje procedura zastosowania środków ochrony prawnej, przewidziana przez przepisy ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 184 ust. 1 ustawy Pzp od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie. Z powyższego wynika zatem, że od rozstrzygnięcia protestu przysługuje możliwość złożenia odwołania, tak co do wykonawcy składającego protest (w zakresie, w jakim protest ten nie został uwzględniony przez Zamawiającego), jak i wykonawcy, który przystąpił do tego protestu

wskazując na jego niezasadność i odpierając podniesione w nim zarzuty (w zakresie ewentualnego uwzględnienia protestu przez Zamawiającego - w całości, bądź w części), pod warunkiem naruszenia interesu prawnego tego wykonawcy, określonego w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zatem uznała, że formalne złożenie odwołania od rozstrzygnięcia protestu, którym zarzuty co do oferty Odwołującego w pewnym zakresie zostały przez Zamawiającego uwzględnione, było dopuszczalne i odwołanie to zostało poprzedzone protestem, co prawda innego wykonawcy, niemniej jednak Odwołujący w zakresie tego protestu złożył skuteczne przystąpienie, tym samym stając się pełnoprawnym uczestnikiem tego postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Odnosząc się do złożonego odwołania Izba uznała, że podlega ono oddaleniu.

Podstawą podjętego przez Izbę rozstrzygnięcia jest art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. uznanie, że Odwołujący nie posiadał interesu prawnego w złożeniu odwołania od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego uwzględniającego w części zarzuty wobec oferty Odwołującego.

Ustalono, że Zamawiający, rozstrzygając protest Konsorcjum SKOBUD wyraźnie stwierdził, że nie może pozostawić swojej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej bez podjęcia jakichkolwiek działań, o których mowa w pkt 24 SIWZ w związku z art. 87 ust. 1, czy też art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Podniósł, że uwzględnienie przez niego zarzutów z protestu *„rodzić będzie ze strony zamawiającego konieczność powtórzenia oprotestowanej czynności lub dokonania czynności bezprawnie zaniechanej, jednakże z uwzględnieniem czasu i okoliczności, które przewiduje ustawa na ostateczne rozstrzygnięcie protestu”*. Powołał się przy tym na dyspozycję wynikającą z art. 183 ust. 5 ustawy Pzp.

Ze wskazanego rozstrzygnięcia protestu można zatem wprost wywieść, że Zamawiający przeprowadzi czynność wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp a także, że dokona poprawienia określonych omyłek w ofercie Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby, powyższe przywoływane przez Zamawiającego czynności, których dokonanie we właściwym czasie Zamawiający zapowiada, w żaden sposób nie naruszają interesu prawnego Odwołującego w uzyskaniu niniejszego zamówienia, w szczególności wobec treści złożonego odwołania, zwłaszcza co do podniesionych w nim zarzutów i żądań. Odwołujący w swoim odwołaniu podniósł bowiem jedynie okoliczność, na podstawie której opiera się konstrukcja podniesionego zarzutu, że Zamawiający zaniechał poprawienia w jego ofercie omyłek - tak oczywistych omyłek pisarskich, jak i innych omyłek, polegających na sprzeczności oferty z SIWZ, nie

kwestionując w żaden sposób możliwości żądania przez Zamawiającego wyjaśnień dotyczących treści jego oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu wskazał – jak podniesiono powyżej - że skorzysta z procedury poprawiania omyłek w ofercie Odwołującego, nie wskazując co prawda precyzyjnie, w jaki sposób tego dokona, podkreślając wyłącznie konieczność zwrócenia się o wyjaśnienia treści oferty Odwołującego, czego Odwołujący nie kwestionował. Zamawiający wskazał, że dokona poprawienia omyłek zgodnie z pkt 24 SIWZ oraz przepisem art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. We wskazanym przepisie mieści się zatem żądanie Odwołującego poprawienia omyłek w jego ofercie w trybie art. 87 ust. 2 tak pkt 1, jak i pkt 3 ustawy Pzp.

Podstawą podnoszonych zarzutów jest więc nieuprawnione zaniechanie Zamawiającego dokonania określonych czynności w odniesieniu do oferty Odwołującego, do naprawienia czego (dokonania tych czynności) Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu zobowiązał się. W ocenie składu orzekającego Izby, gdyby Zamawiający, dokonując ponownego badania i oceny oferty Odwołującego we wskazanym trybie wyjaśnień i poprawienia oferty (87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp) dokonał innych czynności związanych np. z odrzuceniem oferty Odwołującego, czy przykładowo unieważnienia postępowania, powyższe stanowiłoby odrębną czynność Zamawiającego nie mieszczącą się w zakresie pojęcia wynikającego z art. 181 ust. 6 ustawy Pzp, tj. czynności wykonanych zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Czynności takie, wobec braku uszczegółowienia zapowiadanych przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu czynności, nie mieściłyby się w szczególności w ramach określenia: „zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu” i podlegałyby odrębnemu postępowaniu protestacyjnemu i odwoławczemu. Zamawiający, poprzez brak doprecyzowania, jakich czynności konkretnie zamierza dokonać, sam prowadzi do ewentualnego przedłużenia procedury udzielania zamówienia publicznego, poprzez umożliwienie wykonawcom ponowne składanie środków ochrony prawnej. Tak jak bowiem podniesiono, brak literalnego wskazania przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu szczegółów dotyczących przeprowadzania procedury wyjaśnienia treści oferty i poprawiania omyłek, poprzez wskazanie przykładowo, że procedura poprawiania omyłek uzależniona jest od wyników oceny wyjaśnień treści oferty i może skutkować odrzuceniem oferty albo zaniechaniem jej poprawiania, w przypadku podjęcia takich czynności, które nie zostały zapowiedziane wprost przez Zamawiającego, daje możliwość złożenia ponownego protestu przez Odwołującego oraz ewentualnie odwołania od braku uwzględnienia protestu.

Izba stwierdza, że nie można opierać swojego odwołania i podnoszonych w nim zarzutów jedynie na przypuszczeniach co do określonego zachowania się Zamawiającego w przyszłości, jeśli takie przypuszczalnie nieprawidłowe działanie nie zostało podjęte w ramach

dokonanych przez Zamawiającego czynności, bądź nie zostało zapowiedziane w ramach uwzględnienia protestu. Powyższe nie narusza interesu prawnego wykonawcy, który jest elementem niezbędnym do podjęcia merytorycznego rozpatrzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Skład orzekający Izby dodatkowo zwraca uwagę, że przywoływany przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu przepis art. 183 ust. 5 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu powstrzymanie się z dokonaniem czynności związanych z uwzględnieniem protestu, jeśli którekolwiek z żądań zgłoszonych w toku postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu (a więc tak przez protestującego wykonawcę, jak i składającego przystąpienie do tego postępowania wykonawcę, który oponuje co do zarzutów podniesionych w proteście) nie zostało przez Zamawiającego uwzględnione. Powyższe oznacza konieczność powstrzymania się jedynie z dokonaniem czynności zapowiedzianych w rozstrzygnięciu protestu uwzględniającym go w części. Dyspozycja wskazanego przepisu nie ogranicza jednak możliwości precyzyjnego określenia przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu zapowiadanych (zamierzonych) przez niego czynności.

W niniejszej sprawie te zapowiedziane przez Zamawiającego czynności faktycznie nie zostały jeszcze wykonane, co jest zgodne z art. 183 ust. 5 ustawy Pzp. Niemniej w zapowiadanych czynnościach mieści się co najwyżej konieczność wyjaśnienia treści oferty Odwołującego, czego Odwołujący w żaden sposób nie kwestionuje w złożonym odwołaniu oraz konieczność poprawiania omyłek w jego ofercie, a tę okoliczność Odwołujący przyznaje. Przyznaje on bowiem, że faktycznie popełnił omyłki w swojej ofercie, które nadają się do poprawienia, czego Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu – jak podniesiono - nie kwestionował.

Uwzględniając zatem powyższe, w świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący – w ocenie Izby – nie wykazał, aby zapowiedź żądania wyjaśnienia i poprawiania omyłek w jego ofercie zawarta w rozstrzygnięciu protestu w jakikolwiek sposób powodowała lub mogła powodować na dzień złożenia odwołania, a także na dzień rozpatrywania sprawy przez Izbę uszczerbek w jego interesie prawnym, polegającym na uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Jeśli bowiem Zamawiający zażąda wyjaśnienia treści oferty oraz poprawi omyłki w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, co zapowiedział, wyjdzie naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego, na co wskazuje treść jego odwołania.

Uwzględniając powyższe Izba nie odnosiła się również do stanowiska Przystępującego zawartego w piśmie procesowym z dnia 23 września 2009 r., wskazującym na brak możliwości poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego przez Zamawiającego, uznając w

tym zakresie, że stanowisko Przystępującego po stronie Zamawiającego jest sprzeczne ze stanowiskiem strony, do której Przystępujący przystąpił, w szczególności wobec treści rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego. Powyższe zatem nie może stanowić podstawy rozstrzygnięcia Izby, z uwagi na treść art. 184 ust. 5 ustawy Pzp, wskazującego, że czynności uczestnika postępowania zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której ten wykonawca się przyłączył. W tym zakresie – w ocenie Izby – Przystępujący mógł złożyć odrębnie odwołanie, jeśli nie zgadzał się z treścią rozstrzygnięcia protestu, wskazującego na konieczność wyjaśnień treści oferty Odwołującego i jej poprawiania, a nie wskazującego na konieczność odrzucenia tej oferty, czego domagał się Przystępujący w swoich żądaniach na etapie złożonego protestu.

Tym samym zatem Izba nie rozpoznała szczegółowych zarzutów, wynikających z treści odwołania, odnoszących się do konieczności poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego, uznając te okoliczności za bezsporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego i przyjmując, że nie została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, umożliwiająca merytoryczne odniesienie się przez Izbę do zarzutów.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 2 i ust. 4 pkt 2 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 ze zm.).

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 Gliwicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....