

Sygn. akt: KIO/UZP 977/10

WYROK
z dnia 2 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Anna Chudzik

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o., ul. Wapiennicka 36, 43-382 Bielsko- Biała** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Skarb Państwa - Komendę Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Katowicach, ul Wita Stwosza 36, 40-042 Katowice** protestu z dnia z dnia 30 kwietnia 2010 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o., ul. Wapiennicka 36, 43-382 Bielsko-Biała 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 uiszczanego przez Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o., ul. Wapiennicka 36, 43-382 Bielsko-Biała

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o., ul. Wapiennicka 36, 43-382 Bielsko-Biała** na rzecz **Skarbu Państwa - Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Katowicach, ul. Wita Stwosza 36, 40-042 Katowice**, stanowiącej uzasadnione koszty strony.
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: **dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy**) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o., ul. Wapiennicka 36, 43-382 Bielsko-Biała**.

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę 14 ciężkich samochodów ratowniczo-gaśniczych i 6 ciężkich samochodów ratownictwa chemicznego w ramach zadania „Bezpieczne Południe - rozbudowa systemu ratownictwa drogowego w ciągach komunikacyjnych Polski południowej "nr WT 2370/11/2009. (Dz. Urz. UE 2009/S 212 – 305851 z 4.11.2009 r.) w dniu 4 maja 2010 r. faksem został wniesiony protest opatrzony datą 30 kwietnia 2010 r., a następnie odwołanie przez wykonawcę Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej, w zakresie części C zamówienia na dostawę 3 ciężkich samochodów ratownictwa technicznego.

Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 22 kwietnia 2010 r. o czynności wykluczenia odwołującego z postępowania na część C zamówienia, a także o zatrzymaniu wadium.

Odwołujący w proteście zarzucił zamawiającemu Skarbowi Państwa – Komendzie Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Katowicach naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 222, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65 poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591, Nr 219,

poz. 1706, Nr 223, poz. 1778), to jest: art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3, art. 46 ust. 4a, art. 87 ust. 2 tej ustawy, przez:

- 1) wykluczenie odwołującego z postępowania i odrzucenie złożonej przez niego oferty na realizację części C zamówienia,
- 2) brak sprostowania przez zamawiającego oczywistej omyłki pisarskiej w oświadczeniu stanowiącym odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień, a w konsekwencji bezpodstawne wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów,
- 3) wybór najkorzystniejszej oferty na realizację części C zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp z uwagi na nieprawidłowe odrzucenie oferty odwołującego, która była najkorzystniejsza,
- 4) zatrzymanie wadium złożonego przez odwołującego, mimo braku przesłanek ustawowych z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Odwołujący powołał się na naruszenie swego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, bowiem w wyniku wykluczenia z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty na realizację części C zamówienia, utracił szansę na wygranie przetargu mimo złożenia najkorzystniejszej oferty.

Z uwagi na powyższe wnosił o:

- 1) unieważnienie oprotestowanej czynności wykluczenia Spółki pod firmą Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o. o. z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i czynności odrzucenia oferty na realizację części C zamówienia,
- 2) sprostowanie przez zamawiającego oczywistej omyłki pisarskiej w oświadczeniu wykonawcy - odpowiedzi na pismo WT-2370-11/101/2010, w ten sposób, aby oświadczenie odwołującego uzyskało prawidłowe brzmienie: „W odpowiedzi na pismo WT-2370-11/101/2010, wzywające do wyjaśnienia której części zamówienia dotyczy w ofercie polisa OC, wyjaśniamy że dotyczy ona części C,”
- 3) dopuszczenie odwołującego do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- 4) powtórzenie czynności oceny ofert na część C i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 5) unieważnienie czynności zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutów i żądań protestu, odwołujący podał, iż zamawiający nieprawidłowo wykluczył go z udziału w postępowaniu oraz zatrzymał wadium. Powinien był bowiem sprostować oczywistą omyłkę pisarską w oświadczeniu, w którym w odpowiedzi na wezwanie WT-2370-11/101/2010 wskazano, iż polisa OC została złożona do części D postępowania. Zgodnie z art. 87 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie, o czym następnie zawiadamia wykonawcę. Oznacza to, że zamawiający

ma nie tylko prawo ale i obowiązek poprawić takie omyłki. Postępowania w zakresie pozostałych części zostały ostatecznie rozstrzygnięte, zaś jedynie czynność wyboru oferty na realizację części C musiała zostać powtórzona zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt. KIO/UZP 354/10, wydanym na skutek poprzedniego protestu odwołującego. Obecnie odwołujący ograniczył zarzuty i żądania jedynie do części C zamówienia. Stąd wywodził, iż wskazane okoliczności nie pozostawiały wątpliwości co do jego intencji i woli realizacji części C zamówienia publicznego oraz co do zamiaru sprecyzowania, iż złożona przez niego polisa dotyczy części C. Odwołujący przekonywał, iż nie można uznać, aby celowo naraził się na utratę zamówienia publicznego, o którego uzyskanie wcześniej zabiegał, składając protest od poprzedniego wyboru oferty oraz na poniesienie kosztów w postaci zatrzymania przez zamawiającego wadium. Powyższe przywiodło odwołującego do wniosków, iż zamawiający powinien był poprawić oczywistą omyłkę, gdyż jedynie błąd spowodował, że odwołujący złożył oświadczenie, iż polisa dotyczy części D zamówienia. Z uwagi na zakończone wyrokiem KIO/UZP 354/10 postępowanie odwoławcze od poprzedniego wyboru oferty na realizację części C, oczywiste bowiem było, jakiej treści oświadczenie zamierzał złożyć odwołujący. W dalszej części uzasadnienia protestu, odwołujący przytoczył tezy z orzecznictwa odnoszące się do dopuszczalności prostowania omyłek w ofertach wykonawców: wyrok z dnia 21 kwietnia 2006 r., (sygn. akt UZP/ZO/O-1098/06, LEX nr 199451): „Oczywistą omyłką jest omyłka widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski albo rachunkowy lub inna podobna usterka w tekście. Także wówczas, gdy oczywistość omyłki nie jest widoczna w treści samego formularza ofertowego, jest jednak omyłką wynikającą z porównania treści pozostałych dokumentów, stanowiących zawartość treści oferty - jest to oczywista omyłka”.

Dodatkowo podnosił, iż wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w postaci pozostawiania w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia - przedstawił bowiem polisę od odpowiedzialności cywilnej na wymaganą kwotę. Skoro zaś zamawiający dokonał uprzednio wyboru ofert na realizację pozostałych części zamówienia, nie istniało niebezpieczeństwo, iż jego interesy nie zostały odpowiednio zabezpieczone, bowiem odwołujący mógł przystąpić jedynie do realizacji jednej części zamówienia. W opinii odwołującego, przedstawiona przez niego polisa OC wystarczająco zabezpieczała interesy zamawiającego i nie miał on podstaw aby przyjąć, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym, że zaszyły przesłanki wskazane w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jednocześnie wywodził, iż brak sprostowania przez zamawiającego oczywistej omyłki w złożonym oświadczeniu, mimo zajęcia przesłanek z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp spowodował, iż zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Pismem z dnia 6 maja 2010 r. doręczonym w dniu 7 maja 2010 r. zamawiający postanowił oddalić protest w całości.

W uzasadnieniu zamawiający przedstawił dotychczasowy przebieg postępowania. Wyjaśnił, iż w dniu 3 marca 2010 r. wykonawca Pojazdy Specjalistyczne, Zbigniew Szczęśniak Sp. z o. o., wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania, zgłoszone we wcześniejszym proteście ograniczając je do zadania „C” tj. dotyczące wykluczenia odwołującego z postępowania, odrzucenia oferty oraz nakazania zamawiającemu dokonania powtórnego badania i oceny kwestionowanej oferty.

Wyrokiem z dnia 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 354/10 Krajowa Izba Odwoławcza unieważniła czynność wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej na zadanie „C.” Zgodnie z treścią wyroku i jego uzasadnieniem (str. 15 wyroku pkt b) oraz art. 26 ust 4 ustawy Pzp zamawiający pismem z dnia 13 kwietnia 2010 r. Nr WT 2370/11/101/2010 zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie jakiej części oferty - B, C czy D - dotyczy złożona w ofercie polisa OC. Faksem w dniu 13 kwietnia 2010 r, potwierdzonym pismem oznaczonym L. dz. 1308/04/2010/JW, odwołujący poinformował w sposób jasny i nie budzący wątpliwości, iż przedstawiona w ofercie polisa ubezpieczeniowa dotyczy części D przedmiotowego postępowania. Biorąc powyższe pod uwagę zamawiający pismem z dnia 14 kwietnia 2010 r. Nr WT-2370/11/102/2010 wezwał wykonawcę do uzupełnienia oferty w części C - zgodnie z art. 26 ust 3 Pzp - o polisę OC ważną na dzień składania ofert, wyznaczając termin złożenia dokumentu na dzień 16 kwietnia 2010 r. Wykonawca nie odpowiedział na w/w wezwanie, nie oprotestował też tej czynności zamawiającego w przewidzianym terminie. Nie zwrócił się do zamawiającego o poprawienie oczywistej pomyłki - jeśli taka zdaniem wykonawcy nastąpiła, a o której mógł się ewentualnie zorientować w dniu otrzymania pisma zamawiającego tj. w dniu 14 kwietnia 2010 r. Mając powyższe na względzie czynność zamawiającego, dotycząca wezwania wykonawcy do uzupełnienia oferty w części C o polisę OC uprawomocniła się z dniem 24 kwietnia 2010 r. Zamawiający podkreślił, iż w tej sytuacji zgodnie z obowiązującymi przepisami - art. 24 ust 2 pkt. 3 i art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, był zobowiązany, a nie tylko uprawniony do wykluczenia odwołującego z postępowania oraz do zatrzymania wadium.

Jeśli chodzi o zarzut wykonawcy zawarty w proteście, iż zamawiający nie sprostował oczywistej omyłki zawartej w oświadczeniu z dnia 13 kwietnia 2010 r., w którym to wykonawca jasno precyzuje, iż polisa OC dotyczy części D, to zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2009 r. Sygn. akt KIO/UZP 1266/09, zgodnie z którym „w zakresie oczywistych omyłek pisarskich, mieszczą się jedynie tego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek analizy, co oznacza, że ich poprawienie nie wywołuje zmiany oświadczenia woli wykonawcy (w sensie merytorycznym).”

Zdaniem zamawiającego, poprawienie w przesłanym przez wykonawcę oświadczeniu litery "D" na literę „C” byłoby zmianą oświadczenia woli, a nie poprawieniem oczywistej omyłki, tym bardziej, że jak wspomniał, wykonawca przy dołożeniu należytej staranności mógł się zorientować o swojej ewentualnej omyłce w dniu 14 kwietnia 2010 r. po wezwaniu go przez zamawiającego do uzupełnienia polisy ubezpieczeniowej OC do części C zamówienia. Skoro odwołujący tego nie uczynił, oznacza to, iż nawet dla niego nie była to „oczywista omyłka.” Czynności zamawiającego spotkały się z protestem dopiero po wykluczeniu odwołującego z postępowania i zatrzymaniu przez zamawiającego wadium. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem, iż odwołujący wygrałby przetarg na część C zamówienia - ponieważ jego oferta była najkorzystniejsza. Podał, iż po przeprowadzeniu dla części C symulacji oceny oferty odwołującego oraz oferty wybranej firmy tj. Inżynieria Samochodów Specjalnych Piotr Wawraszek, Bielsko – Biała, oferta odwołującego została niżej oceniona niż oferta wybrana, a zatem negocował interes prawny wykonawcy do złożenia protestu.

W odwołaniu wniesionym pismem z dnia 13 maja 2010 r, przesłanym drogą pocztową 17 maja 2010 r, z kopią doręczoną zamawiającemu w tym samym terminie, odwołujący podtrzymał zarzuty protestu oraz żądania:

- 1) nakazania unieważnienia oprotestowanej czynności wykluczenia Spółki pod firmą Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o. o. z udziału w postępowaniu o udzielenie części C zamówienia publicznego i czynności odrzucenia oferty odwołującego na realizację części C zamówienia,
- 2) nakazania sprostowania przez zamawiającego oczywistej omyłki pisarskiej w oświadczeniu wykonawcy - odpowiedzi na pismo WT-2370-11/101/2010, w ten sposób, aby oświadczenie odwołującego uzyskało prawidłowe brzmienie: „W odpowiedzi na pismo WT-2370-11/101/2010 wzywające do wyjaśnienia której części zamówienia dotyczy w ofercie polisa OC, wyjaśniamy że dotyczy ona części C,”
- 3) dopuszczenia odwołującego do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- 5) powtórzenia czynności oceny oferty na część C i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego,
- 6) unieważnienie czynności zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego,
- 7) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący podtrzymał stanowisko, iż ma interes prawny we wniesieniu odwołania, bowiem gdyby zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów ustawy Pzp, oferta odwołującego na wykonanie części C zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu, odwołujący ponowił argumentację przytaczaną w proteście. Odnosząc się do rozstrzygnięcia protestu, uznał za nieprawidłowe stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym sprostowanie oczywistej omyłki pisarskiej w oświadczeniu wykonawcy odnośnie polisy OC prowadzi do zmiany złożonego przez niego oświadczenia woli. Zdaniem odwołującego, okoliczności sprawy wskazują jednoznacznie, że nie miał on zamiaru złożenia oświadczenia, że dołączona przez niego przez niego polisa OC odnosi się do części D zamówienia. W opinii odwołującego, zamawiający miał wiedzę o treści oświadczenia woli jakie chciał złożyć wykonawca, skoro bowiem postępowania na realizację pozostałych części zamówienia zostały prawomocnie rozstrzygnięte, a odwołujący składał uprzednio protest od pierwszej czynności wyboru ofert, niewątpliwy był jego zamiar uznania polisy OC za nieodłączną część dokumentacji załączonej do oferty na realizację części C. Zaszły więc okoliczności wskazane w przywołanym wcześniej wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 21 kwietnia 2006 r, (sygn. akt UZP/ZO/O-1098/06), zgodnie z którym „gdy oczywistość omyłki nie jest widoczna w treści samego formularza ofertowego, jest jednak omyłką wynikającą z porównania treści pozostałych dokumentów, stanowiących zawartość treści oferty - jest to oczywista omyłka.” W opinii odwołującego w przedmiotowej sprawie bezspornie doszło więc do sytuacji popełnienia oczywistej omyłki pisarskiej, którą zamawiający powinien był poprawić. Ponadto, nie zgodził się z wyrażoną w informacji o rozstrzygnięciu protestu opinią zamawiającego, że wykonawca nie ma możliwości kwestionowania braku sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej, skoro nie zaskarżył wezwania go przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów. Wywodził, iż zaskarża bowiem zaniechanie zamawiającego w postaci nie dokonania sprostowania omyłki pisarskiej, o czym powziął wiadomość z chwilą zawiadomienia o wykluczeniu go z postępowania i zatrzymaniu wadium. Swój brak reakcji i udzielenia odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów – tłumaczył tym, iż pozostawał w błędnym przekonaniu, że złożył zamawiającemu prawidłowe oświadczenie, że dołączona przez niego polisa OC dotyczy realizacji części C zamówienia publicznego. Dopiero z chwilą otrzymania informacji o rozstrzygnięciu przetargu odkrył wskazaną omyłkę pisarską, która wystąpiła w złożonym przez niego oświadczeniu i podjął odpowiednie środki w celu ochrony swojego interesu prawnego w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do kwestionowania przez zamawiającego interesu prawnego we wniesieniu odwołania, wskazał, że nie udowodnił on powyższego faktu, wobec powyższego nie zdołał on prawidłowo zakwestionować legitymacji odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Krajowa Izba odwoławcza dopuściła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu wraz ze zmianami, ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia z modyfikacjami, protokołu

postępowania z załącznikami, akt sprawy KIO/UZP 354/10, pism stron złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym, oferty odwołującego, wezwań kierowanych do odwołującego oraz udzielonych odpowiedzi. Nadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron przedstawione do protokołu posiedzenia oraz rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 ustawy Pzp Izba ustaliła co następuje.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy (29 stycznia 2010 r.) - do protestów, odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Postępowanie o zamówienia publiczne dotyczy „Dostawy 14 ciężkich samochodów ratowniczo-gaśniczych i 6 ciężkich samochodów ratownictwa chemicznego w ramach zadania „Bezpieczne Południe - rozbudowa systemu ratownictwa drogowego w ciągach komunikacyjnych Polski południowej” i zostało wszczęte 4 listopada 2009 r.

Zamawiający dopuścił możliwość złożenia oferty na całość zamówienia lub na poszczególne części, tj.:

- A. dostawa 8 sztuk ciężkich samochodów ratowniczo – gaśniczych na podwoziu z napędem uterenowionym 6x6,
- B. dostawa 6 sztuk ciężkich samochodów ratowniczo – gaśniczych na podwoziu z napędem uterenowionym 4x4,
- C. dostawa 3 sztuk ciężkich samochodów ratownictwa technicznego,
- D. dostawa 3 sztuk ciężkich samochodów ratownictwa technicznego do usuwania skutków kolizji drogowych.

W zakresie warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, uczestnicy postępowania byli zobowiązani przedłożyć między innymi polisę lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, iż oferent jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej w wysokości minimum 10 000 000 zł. dla oferty obejmującej wszystkie części zamówienia, a gdy oferta obejmować będzie poszczególne części, w następujących wysokościach: dla części A – 3 000 000 zł, dla części B – 2 000 000 zł, dla części C – 2 000 000 zł, dla części D -3 000 000 zł.

Odwołujący złożył oferty częściowe na zadania B, C, D wypełniając formularz ofertowy, zgodnie z wzorem zawartym w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). W dokumentacji oferty odwołującego na wymienione części zamówienia, znajduje się polisa OC wraz z aneksem opiewająca na kwotę łączną 3 000 000 zł. wystawiona przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w Łodzi. W ofercie odwołujący w żaden sposób nie wskazał, do jakiej części zamówienia wymienioną polisę należy odnieść.

Dotychczasowy przebieg postępowania w odniesieniu do części C zamówienia był następujący. Dnia 5 lutego 2010 r. na części B, C, D została wybrana oferta firmy Inżynieria Samochodów Specjalnych Piotr Wawraszek, Bielsko - Biała. W tym samym dniu odwołujący został wykluczony z postępowania na części B, C, D, a jego oferta odrzucona. Między innymi powodem odrzucenia oferty odwołującego było, iż zgodnie z wymaganiami przy złożeniu oferty na części B, C, D zamówienia winien załączyć dokument ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności na łączną kwotę 7 000 000 zł, a nie jak uczynił to odwołujący na kwotę 3 000 000 zł. W wyniku zaskarżenia tej czynności przewidzianymi w ustawie Pzp środkami ochrony prawnej, Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 354/10 nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty na część C zamówienia, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty w zakresie części C oraz nakazała dokonanie ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym wyjaśnienie polisy OC wraz z aneksem przedstawionej przez odwołującego, w celu ustalenia, której części zamówienia ów dokument dotyczy.

Zamawiający wykonując ww. orzeczenie Izby, w dniu 13 kwietnia 2010 r. w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał odwołującego do wyjaśnienia, której części zamówienia dotyczy złożona w ofercie przedmiotowego postępowania polisa OC, tj. części B, C czy D. W określonym terminie, pismem z dnia 13 kwietnia 2010 r. odwołujący udzielił odpowiedzi, iż „polisa OC w jego ofercie dotyczy części D zamówienia.” Wobec takiego obrotu sprawy, zamawiający odrębnym pismem z dnia 14 kwietnia 2010 r. doręczonym faksem 14 kwietnia 2010 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego do złożenia w terminie do 16 kwietnia 2010 r. (stosownie do postanowień pkt 11 SIWZ) w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia - dokumentu ważnego na dzień składania ofert – polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia, potwierdzającego, że oferent jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej w wysokości dla części C minimum 2 000 000 zł.

Na wymienione wezwanie, odwołujący nie zareagował w żaden sposób, pozostawiając je bez odpowiedzi. Konsekwencją było uznanie przez zamawiającego, iż zachodzą podstawy do zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust 2 pkt 3 i

ust. 4 ustawy Pzp oraz wykluczenie odwołującego z postępowania w związku z niespełnieniem warunków udziału w zakresie części C zamówienia, odrzucenie jego oferty a także zatrzymanie wadium w kwocie 150 000 zł. na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Następnie w dniu 22.04.2010 r. zamawiający poinformował wykonawcę Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o. o wykluczeniu z postępowania o udzielenie części C zamówienia publicznego i odrzuceniu jego oferty na realizację wskazanej części zamówienia, jak również o zatrzymaniu wniesionego wadium. Zamawiający stwierdził, że wykluczony wykonawca nie uzupełnił dokumentów złożonych w postępowaniu na realizację części C w wyznaczonym terminie, zatem wobec nie wykazania spełnienia warunków dotyczących znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonania zamówienia został wykluczony z postępowania, zaś zamawiający zatrzymał wniesione przez niego wadium.

Izba zważyła co następuje.

Postępowanie dowodowe wykazało, iż zamawiający w całości wypełnił dyspozycje Izby, nakazane wyrokiem z dnia 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 354/10 wzywając odwołującego do złożenia wyjaśnień, a następnie wobec treści udzielonych wyjaśnień do uzupełnienia wymaganego dokumentu. Na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem poprzedniego protestu odwołującego, protest ani odwołanie nie przysługuje, o czym stanowi art. 181 ust. 6 oraz art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp.

Izba rozpatrując niniejszą sprawę, podzieliła także stanowisko zamawiającego, że w sytuacji, gdy odwołujący uważał, iż czynność zamawiającego z dnia 14 kwietnia 2010 r. – wezwania do uzupełnienia dokumentu polisy OC na część C jest bezpodstawną, ponieważ zgodnie z uprzednim wezwaniem z dnia 13 kwietnia 2010 r, podał wprawdzie, iż polisa OC przedstawiona w jego ofercie przynależy do części D zamówienia, ale zamierzał w tym piśmie prawidłowo podać „iż należy do części C zamówienia” i obowiązkiem zamawiającego było jej poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, to należy przyjąć, tak jak wskazywał zamawiający, że na zaniechanie poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy protest mógł być skutecznie wniesiony w terminie określonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, tj. w ciągu 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Skoro zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentu polisy OC na część C zamówienia, to odwołujący miał możliwość zorientowania się już w dacie 14 kwietnia 2010 r, iż samo złożone wyjaśnienie zamawiający uznał za niewystarczające, czy też nieprawidłowe. W innym bowiem przypadku, wzywanie odwołującego do przedstawienia nowego dokumentu polisy OC byłoby bezprzedmiotowe. W ocenie Izby, w kontekście jednoznacznie

zadanego pytania, której części zamówienia B, C czy D dotyczy złożona polisa - udzielona odpowiedź, iż dotyczy ona części D może być poczytywana jako zamierzone działanie, mając na względzie, iż wymieniona w tej polisie kwota 3 000 000 zł. odpowiada dokładnie wymaganej dla części D zamówienia – objętej również zakresem oferty i to bez względu na fakt, że przetarg w tej części został rozstrzygnięty, a ogłoszenie o udzieleniu zamówienia na przedmiotową część zostało przekazane do publikacji w dniu 19 kwietnia 2010 r. Mimo, że wyrok Izby o sygn. akt KIO/UZP 354/10 odnosił się do części C zamówienia, to nie wskazywał wprost, iż oświadczenie ma dotyczyć części C. Poprzez użycie określenia „w celu ustalenia, której części zamówienia dotyczy,” odwołujący miał otwartą drogę do dowolnego oznaczenia części B, C, D, do której wymieniony dokument chciał odnieść. Odwołujący z uwagi na profesjonalny charakter prowadzonej działalności zobowiązany był do zachowania szczególnej staranności, o której mowa w art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp - przy udzieleniu odpowiedzi na wezwanie zamawiającego.

Izba nie dokonując merytorycznej oceny zarzutów i żądań odwołującego, stwierdza, iż w odniesieniu do bezpodstawnego wezwania do uzupełnienia dokumentu oraz przypisywania zamawiającemu zaniechania poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie odwołującego przez oznaczenie części D zamówienia, dla której została złożona rzeczona polisa, zamiast części C zamówienia, zgodnie z rzeczywistym zamiarem odwołującego, zarzuty należało uznać za spóźnione.

Odwołujący dochowując należytej staranności, jak stanowi art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, mógł powziąć i powziął wiadomość o kwestionowanych czynnościach – wezwania do uzupełnienia dokumentu polisy OC, czy o zaniechaniach zamawiającego – sprostowania omyłki w oświadczeniu wykonawcy, już w dacie 14 kwietnia 2010 r, kiedy to otrzymał wezwanie do uzupełnienia dokumentu polisy. Zatem protest z dnia 4 maja 2010 r, z podniesieniem omówionych wyżej zarzutów, po dokonaniu wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty na część C zamówienia w dniu 22 kwietnia 2010 r. Izba uznała za wniesiony z uchybieniem terminu, w świetle unormowań art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, a zarzut za niepodlegający rozpoznaniu na podstawie odpowiedniego zastosowania art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy nową okolicznością, na którą odwołującemu przysługiwały środki ochrony prawnej, była wyłącznie ocena oferty przy uwzględnieniu uprzedniego wezwania odwołującego do złożenia dokumentu polisy OC w zakresie prowadzonej działalności na część C zamówienia. Faktem bezspornym między stronami jest, iż odwołujący nie udzielił odpowiedzi na to wezwanie. Nie złożył żadanego dokumentu, ani też nie wniósł protestu z zachowaniem terminu, podnosząc, iż czynność wezwania go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest bezpodstawną, albowiem wcześniej spełnił wszystkie stawiane warunki. Z tych względów należy przyjąć, iż odwołujący zaakceptował zasadność dokonanego wezwania, a

wymieniona czynność zamawiającego, z braku zaskarżenia stała się ostateczna. W orzecznictwie ukształtował się pogląd dominujący, iż wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu jest jednokrotne, wynika to z postulowanej szybkości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (normatywnych terminów związania ofertą), której wyrazem jest także zasada koncentracji wnoszenia środków ochrony prawnej i ich rozpatrywania.

W przypadku gdy odwołujący nie złożył polisy OC w swojej ofercie na część C zamówienia, tym samym nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymaganej wiarygodności ekonomiczno – finansowej i zdolności do realizacji zamówienia określonej w przepisie art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, co obligowało zamawiającego do wykluczenia odwołującego z postępowania stosownie do postanowień art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz art. 24 ust.2 pkt 3 tej ustawy.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 i ust. 4 ustawy Pzp w sposób jasny stanowi, iż następstwem nie złożenia żądanych dokumentów jest wykluczenie wykonawcy z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą.

Dalszą konsekwencją – jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, jest zatrzymanie wadium wraz z odsetkami w trybie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

W przypadku, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, zamawiający zobligowany jest zatrzymać wadium, chyba że wykonawca udowodni, iż wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Zgodnie z postanowieniami art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, protest można złożyć wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast czynność zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp, nie jest włączona do ciągu czynności zmierzających do wyboru oferty i zawarcia umowy. Jest działaniem ubocznym. Izba nie ma możliwości merytorycznego rozpoznania podniesionego zarzutu bezzasadności zatrzymania wadium, w aspekcie powoływania się na okoliczności umożliwiające wykonawcy uniknięcia tej sankcji. Kwestia ta stanowi bowiem materię sporu cywilnoprawnego ze stosunku przetargowego, która może być przedmiotem rozpoznania przez sąd powszechny (wyrok KIO/UZP 424/09 i KIO/UZP 228/09). Z tych względów, w istniejącym stanie faktycznym i prawnym sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem właściwym do dokonywania ustaleń w przedmiocie, czy nie złożenie dokumentów przez odwołującego leżało po jego stronie, czy też nie. Jak również nie jest właściwa do orzekania o zwrocie na rzecz odwołującego kwoty zatrzymanego wadium, mimo poczucia bezzasadności tej sankcji, jakie wyraził odwołujący.

Ponadto w art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, ustawodawca nałożył ograniczenia na możliwość uwzględnienia wniesionego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, które sprowadzają się do badania, czy stwierdzone naruszenie przepisów miało wpływ lub mogło

mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W sytuacji, w której znajduje się odwołujący, uwzględnienie zarzutów i żądań nie jest możliwe, gdyż nawet stwierdzenie naruszenia art. 46 ust. 4a Pzp, jako pozostające bez wpływu na wynik postępowania, nie daje Izbie możliwości uwzględnienia tego zarzutu oraz związanych z nim żądań.

Materiał dowodowy sprawy nie potwierdził trafności czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia art. 46 ust. 4a oraz art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 3 i ust. 4 ustawy Pzp

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust 1 i ust. 1a ustawy Pzp

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

Z tytułu uzasadnionych kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, Izba orzekła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00 zł., na podstawie złożonego rachunku, stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2b rozporządzenia z dnia 9 lipca 2007 r. Prezesa Rady Ministrów 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 (Dz. U. z 2007 Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....