

**Odpis postanowienia**

Sygn. akt UZP/ZO/0-656/07

UZP/ZO/0-663/07

GENERALNA DYREKCJA	
DRÓG KRAJOWYCH I AUTOSTRAD	
SZYBIAŃ W KRAKOWIE	
WPEŁNIŁO	
dnia	2007-06-19
L. Dz.	4896 zat. ....
podpis	.....

**POSTANOWIENIE**

**Zespołu Arbitrów z dnia 13 czerwca 2007 r.**

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów

*Wiesław Zaczek*

arbitrzy:

*Leonard Rożko*

*Mariusz Adam Ostrowski*

protokolant

*Filip Orzykowski*

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 13.06.2007 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 6 czerwca 2007 r. do łącznego rozpoznania,

a wniesionych przez

A. Konsorcjum: MSF - MONIZ DA MAIA, SERRA & FORTUNATO - EMPREITEIROS S.A.,  
TEODORO GOMES ALHO & FILHIOS, LDA, Lizbona, Portugalia, Av. Columbano Bordalo  
Pinheiro 52

B. Budimex Dromex S.A., Warszawa, ul. Stawki 40

od odrzucenia przez zamawiającego Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, Kraków, ul. Mogilska 25 protestów z dnia

A 16 maja 2007 r.

B 18 maja 2007 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego Mota - Engil Polska S.A., Kraków, Ul. Sołtysowska 14a

po stronie zamawiającego, tj. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, Kraków, ul. Mogilska 25 .

**orzeka:**

1. *Odrzuca odwołanie wniesione przez Konsorcjum: MSF - MONIZ DA MAIA, SERRA & FORTUNATO - EMPREITEIROS S.A., TEODORO GOMES ALHO & FILHIOS, LDA z siedzibą w Lizbonie oraz odrzuca odwołanie wniesione przez Budimex Dromex S.A. z siedzibą w Warszawie.*

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: MSF - MONIZ DA MAIA, SERRA & FORTUNATO - EMPREITEIROS S.A., TEODORO GOMES ALHO & FILHIOS, LDA, Lizbona, Portugalia, Av. Columbano Bordalo Pinheiro 52 oraz Budimex Dromex S.A., Warszawa, ul. Stawki 40

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 854 zł 47 gr (słownie: cztery tysiące osiemset pięćdziesiąt cztery złote czterdzieści siedem groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

A koszty w wysokości 2 427 zł 24 gr (słownie: dwa tysiące czterysta dwadzieścia siedem złotych dwadzieścia cztery grosze) z kwoty wpisu uiszczonego przez Konsorcjum: MSF - MONIZ DA MAIA, SERRA & FORTUNATO -

EMPRESSEIROS S.A., TEODORO GOMES ALHO & FILHOS, LDA, Lizbona,  
Portugalia, Av. Columbano Bordalo Pinheiro 52,

- B koszty w wysokości 2 427 zł 23 gr (słownie: dwa tysiące czterysta dwadzieścia siedem złotych dwadzieścia trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczanego przez Budimex Dromex S.A., Warszawa, ul. Stawki 40;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty uczestnika postępowania odwoławczego, w tym:
- A kwoty 1 800 zł 0 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez Konsorcjum: MSF - MONIZ DA MAIA, SERRA & FORTUNATO - EMPRESSEIROS S.A., TEODORO GOMES ALHO & FILHOS, LDA, Lizbona, Portugalia, Av. Columbano Bordalo Pinheiro 52 na rzecz Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, Kraków, ul. Mogilska 25. stanowiącej uzasadnione koszty uczestnika postępowania odwoławczego z tytułu kosztów zastępstwa prawnego,
- B kwoty 1 800 zł 0 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez Budimex Dromex S.A., Warszawa, ul. Stawki 40 na rzecz Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, Kraków, ul. Mogilska 25, stanowiącej uzasadnione koszty uczestnika postępowania odwoławczego z tytułu kosztów zastępstwa prawnego;
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- A kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx,

- B kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx;
- 4) dokonać zwrotu kwoty 75 145 zł 53 gr (słownie: siedemdziesiąt pięć tysięcy sto czterdzieści pięć złotych pięćdziesiąt trzy grosze)
- z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A kwoty 37 572 zł 76 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy pięćset siedemdziesiąt dwa złote siedemdziesiąt sześć groszy) na rzecz Konsorcjum: MSF - MONIZ DA MAIA, SERRA & FORTUNATO - EMPREITEIROS S.A., TEODORO GOMES ALHO & FILHOS, LDA, Lizbona, Portugalia, Av. Columbano Bordalo Pinheiro 52,
- B kwoty 37 572 zł 77 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy pięćset siedemdziesiąt dwa złote siedemdziesiąt siedem groszy) na rzecz Budimex Dromex S.A., Warszawa, ul. Stawki 40 .

### 3. Uzasadnienie

*W dniu 14.11.2006r. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obejmującego „Przebudowę drogi krajowej nr 7 na odcinku Zabornia – Chyżne” o wartości szacunkowej ok. 40 000 000 euro – w trybie przetargu nieograniczonego. Otwarcia ofert Zamawiający dokonał w dniu 12.03.2007r. Do przetargu zgłosiło się 5 wykonawców. Spośród nich Zamawiający w dniu 04.04.2007r. uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez konsorcjum składające się z dwóch firm portugalskich, tj. MSF - MONIZ DA MAIA, SERRA & FORTUNATO - EMPREITEIROS S.A. oraz TEODORO GOMES ALHO & FILHOS, LDA*

(zwane dalej „Konsorcjum MSF”), oferujące wykonanie inwestycji za cenę 204 215 789 złotych. Jednocześnie odrzucono oferty dwóch innych wykonawców, a mianowicie: Konsorcjum Podkarpackiego Holdingu Budowy Dróg Sp. z o.o. „DROGBUD” i Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego IMB – Podbeskidzie Sp. z o.o. oraz firmy STRABAG Sp. z o.o. z Warszawy. W tej pierwszej fazie postępowania żaden z wykonawców nie został wykluczony.

Wybór najkorzystniejszej oferty zaskarżony został protestem z dnia 11.04.2007r. złożonym przez Konsorcjum składające się z trzech firm, a mianowicie: MOTA – ENGIL Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Podhalańskiego Przedsiębiorstwa Drogowo Mostowego S.A. z Nowego Targu oraz Przedsiębiorstwa Robót Drogowo – Mostowych S.A. z Nowego Sącza (zwane dalej „Konsorcjum MOTA”). W proteście tym skarżący wyraził pogląd, że wybrany wykonawca, tj. ~~Konsorcjum MSF~~ powinno być wykluczone z dalszego postępowania z uwagi na brak niezbędnego doświadczenia oraz niedysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W konsekwencji wniósł o powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z jednoczesnym pominięciem oferty Konsorcjum MSF, które jego zdaniem podlegało wykluczeniu.

Po zapoznaniu się z ww. protestem i załączonymi do niego dokumentami Zamawiający stwierdził, iż istotnie wybrany wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu przewidzianych w SIWZ dla dyrektora kontraktu – kierownika budowy. Okazało się bowiem, że proponowany na wyżej wymienione stanowisko Marek Podlejski nie wykazuje się dostatecznie długim okresem praktyki, ponieważ oświadczenie w przedmiocie jego udziału w budowie drogi ekspresowej S-1 na odcinku Skoczów – Cieszyń od listopada 2002 roku do sierpnia 2005 roku - było niezgodne z prawdą. W tym przedmiocie skierowano nawet stosowne doniesienie do organów ścigania (prokuratury).

W związku z powyższym Zamawiający decyzją dnia 20.04.2007r. uwzględnił protest w całości i zadeklarował powtórzenie czynności badania ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem informacji uzyskanych od obydwu zainteresowanych stron. O wynikach ponownego badania i oceny ofert Zamawiający poinformował zainteresowanych, tj. uczestników postępowania, pismem z dnia 09.05.2007r. I tak - w wyniku powtórzenia oprotestowanej czynności - za najkorzystniejszą uznano ofertę Konsorcjum MOTA, ponieważ proponowała najniższą cenę spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, tj. kwotę 212 758 265 złotych. Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wykluczono z dalszego postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w ramach Konsorcjum MSF, albowiem przyjęto, iż wykonawcy ci złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

~~W tym miejscu podkreślić należy, że do powyższego postępowania protestacyjnego zgłosiło przystąpienie Konsorcjum MSF w oparciu o przepis art. 181 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych pismem z dnia 16.04.2007r. Tym samym Konsorcjum to stało się uczestnikiem tegoż postępowania protestacyjnego. Konsorcjum MSF zadeklarowało przystąpienie do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego i wniosło o oddalenie protestu.~~

Również w dniu 09.05.2007r. Zamawiający odrębnym pismem poinformował zainteresowanych uczestników postępowania o dokonaniu poprawy oczywistych omyłek pisarskich w ofercie nr 5 złożonej przez Konsorcjum MOTA. W ramach tych poprawek Zamawiający uznał, że w stanowiącym element oferty kosztorysie IV 8 - „Przebudowa mostu na d potokiem Piekielnik, roboty hydrotechniczne”, w opisie poz. 17 dotyczącej założenia rury ochronnej stalowej o  $d=323 \times 7,1$  mm, L=3,0 m dwudzielnej ze stalowymi obejmami wpisano „sztuk 3” a powinno być „sztuk 2”. Z kolei w kosztorysie IV 9 „Przebudowa mostu na potoku Chyżnik części drogowa wraz z kanalizacją” w pozycji 30 „Ułożenie

geowłókniny wzmocnionej przez igłowanie (poszerzenia + nowa budowa)". Wykonawca powołał się na błędną specyfikację techniczną nr D.05.03.26.11, podczas gdy powinna być podana specyfikacja nr D.02.03.01c.

Wybór oferty Konsorcjum MOTIA został oprotestowany przez pełnomocnika Konsorcjum MSF, w proteście złożonym w dniu 16.05.2007r. zarzucił on Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 oraz art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w przetargu, prowadzenie postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a nadto niedopuszczalną zmianę treści wybranej oferty drogą procedury odnoszącej się do oczywistych omyłek pisarskich. W dniu 18.05.2007r. zgłosił w trybie art. 181 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych przystąpienie do postępowania protestacyjnego autor oferty nr 4, tj. firma Budimex Dromex S.A. z Warszawy. Zdaniem tej firmy protestujący słusznie zarzucił niezgodność treści wybranej oferty (tj. oferty Konsorcjum MOTIA) z treścią SIWZ, a także zasadnie wskazał na niedopuszczalność zastosowania w tej konkretnej sytuacji przepisu o możliwości poprawiania oczywistych omyłek pisarskich.

Protest z dnia 16.05.2007r. został odrzucony przez Zamawiającego. Podejmując taką decyzję Zamawiający przyjął, że Protestujący został ostatecznie wykluczony z postępowania, bowiem w postępowaniu protestacyjnym toczącym się w wyniku wniesienia protestu z dnia 11.04.2007r., który to protest został w całości uwzględniony – zgodził się z jego rozstrzygnięciem i nie skorzystał z przysługującego mu prawa do wniesienia odwołania. W tej sytuacji należało, zdaniem Zamawiającego, protest odrzucić jako wniesiony po terminie oraz przez podmiot nieuprawniony (art. 180 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Efektom odrzucenia powyższego protestu było wniesienie odwołań do Prezesa UZP zarówno przez pełnomocnika Konsorcjum MSF, jak też przez firmę Budimex Dromex S.A. z

Warszawy. Obydwa odwołania są zbliżone w swej treści i sprowadzają się - najogólniej ujmując - do następujących stwierdzeń:

- Zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 91 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez bezpodstawny wybór oferty podlegającej odrzuceniu,

- Zamawiający naruszył również przepisy art. 87 ust. 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez bezpodstawne poprawianie treści oferty złożonej przez konsorcjum MOTA.

Powołując się na powyższe zarzuty obydwaj Odwołujący wnieśli o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert.

~~Pełnomocnik Konsorcjum MSF dodatkowo wniósł o rozważenie konieczności unieważnienia postępowania w oparciu o przepis art. 191 ust. 3 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.~~

Pismem z dnia 05.06.2007r. Konsorcjum MOTA zgłosiło swe przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i wniosło o odrzucenie odwołania złożonego przez Konsorcjum MSF na posiedzeniu niejawnym z uwagi na to, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, a także z przekroczeniem terminów ustawowych. Z ostrożności procesowej Konsorcjum MOTA zgłosiło wniosek alternatywny o oddalenie odwołania. W motywach swego stanowiska Konsorcjum MOTA wyraziło pogląd, że Odwołujący utracił status wykonawcy z chwilą, gdy decyzja o wykluczeniu go z przedmiotowego postępowania stała się ostateczna, tj. w dniu upływu terminu do wniesienia odwołania na rozstrzygnięcie Zamawiającego o wykluczeniu, co - zdaniem Konsorcjum MOTA - miało miejsce w dniu 20.04.2007r.



Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, uzupełnionego na posiedzeniu niejawnym wyjątkiem siron, Zespół Arbitrów doszedł do następujących wniosków:

(Obydwa odwołania podlegają odrzuceniu w oparciu o przepis art. 187 ust. 4 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem protest w niniejszej sprawie wniesiony został przez podmiot nieuprawniony. Autorem tego protestu było Konsorcjum MSF, które w pierwszej fazie postępowania uznane zostało za zwycięzcę przetargu. Pomieważ pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej został zakwestionowany protestem z dnia 11.04.2007r. przez Konsorcjum MOTA, więc w tej kwestii zainicjowane zostało postępowanie protestacyjne, do którego przystąpiło Konsorcjum MSF po stronie Zamawiającego i w ten sposób stało się uczestnikiem tegoż postępowania, zgodnie z art. 181 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zespół Arbitrów uznał, że w takiej sytuacji Konsorcjum MSF, jako strona toczącego się postępowania protestacyjnego, miała prawo do złożenia odwołania od decyzji Zamawiającego kończącej to postępowanie. Rozstrzygnięcie protestu z dnia 20.04.2007r. uwzględniające w całości protest Konsorcjum MOTA było niekorzystne dla Konsorcjum MSF. Nie zgadzając się z takim rozstrzygnięciem Konsorcjum MSF uprawnione było do wniesienia odwołania w terminie 5 – dniowym. Mimo stosownego pouczenia zawartego w treści rozstrzygnięcia protestu Konsorcjum MSF nie skorzystało z powyższego uprawnienia. Tym samym decyzja o jego wykluczeniu z dalszego postępowania, zawarta w rozstrzygnięciu protestu, stała się prawomocna. Inymi słowy - z upływem dnia 25.04.2007r. Konsorcjum MSF, jako prawomocnie wykluczone, przestało być uczestnikiem postępowania. Dlatego też wniesienie w dniu 16.05.2007r. przez to Konsorcjum protestu, kwestionującego ponowny wybór oferty najkorzystniejszej uznac należało za czynność pochodząca od podmiotu nieuprawnionego. Za taką koncepcję przemawia w szczególności prawidłowa interpretacja art. 181 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

*W powyższej sytuacji Zespół Arbitrów, zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązany był obydwu odwołaniu odrzucić na posiedzeniu niejawnym bez merytorycznego rozpoznawania sprawy.*

*O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zasądzając na rzecz pełnomocnika Zamawiającego koszty zastępstwa prawnego w kwocie 3 600 złotych.*

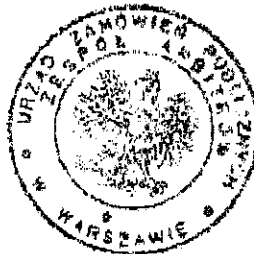
Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych  
*postanowienie* (Dz. U. Nr 19, poz. 177, z późn. zm.) na niniejszy *postanowienie* *Wanecz* wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego  
doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do  
Sądu Okręgowego w *Krakowie*

Przewodniczący Zespołu Arbitrów:

*Wanecz*

arbitrzy:

*Anna*  
*Janusz Okocinski*



Na oryginalne właściwe powiały.  
Za zgodność

DYREKTOR  
Departamentu Odwołań  
*Szeler*  
Przemysław Szeler

Niepotrzebne skreślić