

Sygn. akt: KIO 2412/12

WYROK
z dnia 15 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2012 r. przez wykonawcę **EKO-BUD G....., W..... Spółka jawna, ul. Zaolziańska 49, 93-545 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wołczyn, ul. Dworcowa 1, 46-250 Wołczyn**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża EKO-BUD G....., W..... Spółka jawna, ul. Zaolziańska 49, 93-545 Łódź i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez EKO-BUD G....., W..... Spółka jawna, ul. Zaolziańska 49, 93-545 Łódź tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Wołczyn (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę z przebudową oczyszczalni ścieków w Wołczynie. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 czerwca 2012 r. pod pozycją 141671.

W postępowaniu tym wykonawca EKO-BUD G....., W..... Spółka jawna (dalej: „odwołujący”) wniósł w dniu 2 listopada 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na ujęcie w ofercie agregatu prądotwórczego 90kVA zamiast rzekomego wymogu przyjęcia do kalkulacji dwóch agregatów: jednego o parametrach 55kVA oraz drugiego 90 kVA, co w błędnym przekonaniu zamawiającego oznacza niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,
2. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. nakazanie dokonania przez zamawiającego ponownej oceny ofert i dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
4. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów (rachunkiem) przedstawionych podczas rozprawy.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, iż nie zgadza się z rozstrzygnięciem postępowania przez zamawiającego, który w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego wskazał, że „Nie uznano wyjaśnienia dotyczącego wyceny w kosztorysie ofertowym agregatu prądotwórczego o mocy 90 kVA. z tych samych względów co w ofercie 1 i 7. Oferta podlega odrzuceniu analogicznie jak w przypadku ofert 1 i 7”. Z kolei w uzasadnieniu odrzucenia oferty Nr 1 zamawiający stwierdził: „Wykonawca nie ujął w ofercie kosztu agregatu prądotwórczego 90 kVA. W wyjaśnieniu Wykonawca wskazał że przedmiotowy agregat został wyceniony w kosztorysie Urzędnia i instalacje technologiczne w pozycji 328, podając, że wartość urządzenia to 51 323.60 zł netto. Zamawiający nie uznał wyjaśnienia wykonawcy, ponieważ wskazana pozycja kosztorysu co prawda zawiera wyceną agregatu lecz innego niż urządzenie o którym mowa w odpowiedzi na pytanie nr 42 udzielone przed otwarciem ofert. Wyceniony agregat znajdował się w przedmiarze robót i nie był przedmiotem zapytania. Wykonawca powinien My cenić 2 agregaty. Jeden o mocy 55 kVA oraz drugi o mocy 90 kVA. natomiast wykonawca wycenił tylko jeden o mocy 55 kVA. W tej sytuacji uznano, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji warunków zamówienia i dlatego powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1, pkt. 2 ustawy Pzp.”.

Odwołujący zauważył, że w SIWZ oraz załącznikach do niej zamawiający określił, że w ramach zakresu zadań do wykonania przy realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca obowiązany będzie dostarczyć i zainstalować agregat prądotwórczy. Szczegółowe określenie tego elementu znajduje wyraz w następujących elementach dokumentacji:

- Projekt Budowlany Branży Elektrycznej pkt 1.4 Opis przewidywanego zakresu zmian: „zainstalować agregat prądotwórczy o mocy 90kVA /zasilanie rezerwowe” - str. 1;
- Projekt Budowlany Branży Elektrycznej pkt 1.5 Zasilanie.: „Obecne zasilanie rezerwowe z sieci napowietrznej 400/230V również nie pozwala na zwiększenie mocy, co pociąga za sobą konieczność zainstalowania agregatu prądotwórczego o mocy 90kVA.” - str. 1-2;
- STWiOR pkt 0.3.1 Opis technologii Oczyszczalni ścieków „W celu zabezpieczenia oczyszczalni przed brakiem zasilania przewidziano agregat prądotwórczy przewoźny przeznaczony do podtrzymania pracy podstawowych urządzeń elektrycznych tj.: turbiny napowietrzającej ścieki w reaktorze SBR - jedna turbina, pompowni ścieków surowych, stacji mechanicznego oczyszczania ścieków - Huber. stacji zlewczej, niezbędnej armatury i automatyki.” - str. 3;
- STWiOR pkt 0.11.3 Wymagania dotyczące agregatu prądotwórczego: „Zgodnie z pkt 1.5 Opisu technicznego do PB-W branży elektrycznej po wykonaniu projektowanej przebudowy

i rozbudowy oczyszczalni ścieków zwiększy się zapotrzebowanie na moc elektryczną. W związku z tym konieczna jest wymiana istniejącego transformatora słupowego [63 kVA. 15/04 kV] na transformator o mocy 200 kVA [uwzględniając docelową wydajność oczyszczalni w II etapie]. Obecne zasilanie rezerwowe z sieci napowietrznej 400/230 V nie pozwala na zwiększenie mocy, co powoduje konieczność zainstalowanie agregatu prądotwórczego [przewoźnego] o mocy 90 kVA.” - str. 26;

- STWiOR pkt 0.14 Zasady przedmiaru i obmiaru robót pod pozycją 18.12 Montaż agregatu prądotwórczego Szt - str. 28:

- STWiOR pkt 0.3.1.6 Zestawienie zakresu instalacji elektrycznych w tabeli pod pozycją: „Projektowany zakres zmian” o treści: „Zasilenie w energię elektryczną przebudowywanej i rozbudowanej ścieków’ projektuje się poprzez zastosowanie poniższych rozwiązań:” tiret 2: zainstalowanie agregatu prądotwórczego mocy 90 kVA [zasilanie rezerwowe]” oraz pod pozycją: „Zasilanie” o treści: „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni powoduje wzrost zapotrzebowania na moc elektryczną. W związku z tym konieczna jest wymiana transformatora na jednostkę o mocy 200 kVA (uwzględniając ewentualną budowę trzeciego SBR Obecne zasilanie rezerwowe z sieci napowietrznej 400/230V również nie pozwala na zwiększenie mocy, co pociąga za sobą konieczność zainstalowania agregatu prądotwórczego o mocy 90 kV A.” - str. 70;

- 2-01-101 PRZEDMIAR ROBÓT urządzenia i instalacje technologiczne dział 17 AGREGAT PRĄDOTWÓRCZY poz. 327 „l.p. 327 d.17, KNNR 5 0406-07 analogia 0.11.4; E.4.33 DOSTAWA. TRANSPORT NA PLAC BUDOWY. MONTAŻ, SZKOLENIE ZAŁOGI <> Agregat prądotwórczy typ ZE400/24/6 o mocy 44 kW [55 kVA] z rozruchem ręcznym + tłumik średn 50 mm + kształtka kompensacyjna średn 50 mm.- lub innego typu o równoważnych parametrach technicznych 1 kpl kpl 1.00 RAZEM 1.00” - str. 25;

Ponadto, jak zauważył odwołujący, jeden z wykonawców zadał pytanie o treści: „Dotyczy projektu budowlanego branży elektrycznej, proszę o jasne określenie czy w skład postępowania przetargowego wchodzi dostawa agregatu prądotwórczego 90 kVA. Przedmiar robót nic nie mówi na ten temat.” (pytanie 43). Zamawiający udzielił na nie następującej odpowiedzi: „Tak. Postępowanie obejmuje także dostawę agregatu prądotwórczego”.

Powyższe elementy dokumentacji, w ocenie odwołującego, opisują w sposób jednoznaczny, że wykonawca obowiązany jest dostarczyć i zamontować agregat prądotwórczy (przewoźny) o mocy 90 kVA. Jedynym odstępstwem od tej reguły jest określenie w przedmiarze, że agregat ma mieć moc 44kW [55kVA]. Dodatkowo odwołujący

wskazał, że w SIWZ w Rozdziale 2. Opis przedmiotu zamówienia punkt 4 zamawiający określił następujące parametry ważności dokumentów:

„4. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowią załączniki:

- a) Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót
- b) Dokumentacja projektowa
- c) Przedmiar robót”.

W ocenie odwołującego, odmienność zawarta w przedmiarze stanowi błąd zamawiającego i nie zmienia faktu, że zamawiający żąda dostarczenia i zamontowania tylko jednego agregatu. Potwierdzeniem tego stanu rzeczy jest fakt, jak zaznaczył odwołujący, że poza odwołującym jeszcze dwie inne oferty potraktowały w ten sam sposób wymagania SIWZ i uwzględniły w ofercie dostawę i montaż tylko jednego agregatu. Za powyższym przemawia również użycie w cytowanych powyżej fragmentach SIWZ przez zamawiającego tylko liczby pojedynczej w odniesieniu do agregatu. Ponadto, w poz. 327 przedmiaru została wpisana cyfrowo ilość zamawianych agregatów „1,00 kpl”.

Odwołujący stwierdził ponadto, że z logicznego rozumowania wynika, że skoro agregat 90kVA ma być zapasowym źródłem zasilania, to pozbawione jakichkolwiek racji byłoby zamówienie na dodatkowy agregat 55kVA, bowiem nieznanym byłoby jego przeznaczenie. Jeśli miałyby to być zapas dla zapasowego źródła zasilania, to uzasadnione byłoby, zdaniem odwołującego, aby parametry obu agregatów były identyczne. W innym wypadku byłoby to niegospodarnością. Co więcej, gdyby zamawiający żądał dwóch agregatów - jednego 55kVA oraz drugiego 90kVA - przy udzielaniu odpowiedzi na pytanie 43 wskazałby, analogicznie jak w odpowiedzi na pytanie 8 dotyczącej dekanterów, aby uzupełnić przedmiar o dodatkową pozycję 172.

Odnosząc się do treści wyjaśnień zamawiającego udzielonych w odpowiedzi na pytanie 43 odwołujący zwrócił uwagę na następujące elementy: wykonawca zadał pytanie dotyczące Projektu budowlanego branży elektrycznej czy w skład postępowania wchodzi również dostawa agregatu 90kVA. Pytanie to wynika z zapisów - nieprecyzyjnych Projektu, gdzie w punkcie 1.4 i 1.5 mowa jest tylko o zainstalowaniu tegoż agregatu. Natomiast ze złożonego przez zamawiającego wyjaśnienia wynika tylko, że zakres zadań obejmuje oprócz montażu także dostawę agregatu 90kVA. Odmierna „interpretacja” wyjaśnień powinna zostać uznana za niedopuszczalną, bowiem ingeruje w treść SIWZ, co jest sprzeczne z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący podkreślił, iż na zamawiającym ciąży obowiązek udzielenia wyjaśnień w taki sposób, aby nie wpływało to na treść SIWZ, a przy tym treść była jednoznaczna, czego nie można powiedzieć o treści dokumentacji w przedmiotowym postępowaniu, co potwierdza rozbieżność oferty uznanej za najkorzystniejszą oraz odmienne stanowisko odwołującego oraz ABT Sp. z o.o. oraz Zakład Ochrony Środowiska K..... M....., których oferty zostały odrzucone z przyczyn analogicznych jak odwołującego.

Odnosząc się do literalnego brzmienia treści uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego odwołujący stwierdził, że powinno zostać ono uznane za niedopuszczalne. Uzasadnienie to jest lakoniczne. Z niezrozumiałych przyczyn, zdaniem odwołującego, zamawiający nie uznał wyjaśnień złożonych przez odwołującego. Dodatkowo, po dołączeniu do tego uzasadnienia odrzucenia oferty nr 1 powstaje całkiem inne uzasadnienie odrzucenia niż u odwołującego. Wynika to z tego, że oferta odwołującego zawiera agregat 90kVA pod pozycją 327 kosztorysu ofertowego. Wobec tego, odniesienie się przez zamawiającego w uzasadnieniu do całkiem innej pozycji kosztorysowej oraz różną od faktycznej treść wyjaśnień (pytanie 43 zamiast powołanego 42) wskazuje na błędne uzasadnienie faktyczne, co może uzasadniać naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W dniu 5 listopada 2012 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności treść specyfikacji istotnych, złożonych w postępowaniu ofert, oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Spór w niniejszej sprawie zasadza się na stwierdzeniu ilu agregatów prądotwórczych wymagał zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W tym zakresie przede wszystkim wskazać należy na dyspozycję art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Zamawiający wypełnił nałożony na niego obowiązek przedstawiając wykonawcom zarówno projekt budowlany Branży Elektrycznej, Specyfikację Techniczną wykonania i Odbioru Robót, jak i Przedmiar Robót.

Izba stwierdziła, że bezsporna między stronami jest okoliczność, iż zamawiający w szeregu postanowień przekazanej wykonawcom dokumentacji wskazywał na wymóg zainstalowania agregatu prądotwórczego o mocy 90kVA. Bezsporne jest również, że w pozycji 327 Przedmiaru robót dla Urządzeń i Instalacji Technologicznych postawił wymóg dostawy agregatu prądotwórczego o mocy 55kVA. Nie ma między stronami sporu również co do treści pytania 43 i udzielonej na nie przez zamawiającego odpowiedzi. Spór sprowadza się do interpretacji ww. postanowień.

Biorąc pod uwagę treść Projektu Budowlanego Branży Elektrycznej, Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, Przedmiaru robót dla Urządzeń i Instalacji Technologicznych, a także treść pytania i odpowiedzi na pytanie 43 Izba stwierdziła, że w sposób nie budzący wątpliwości zamawiający wymagał wykonania przez wykonawców dostawy dwóch agregatów – o mocy 90kVA oraz 55kVA.

Wskazać należy, że wykonawca sporządzając ofertę powinien brać pod uwagę pełną treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a więc w tym przypadku, zwłaszcza pełną treść dokumentów opisujących przedmiot zamówienia. Co więcej, specyfikację należy czytać łącznie z pytaniami wykonawców i odpowiedziami udzielonymi przez zamawiającego w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Udzielone odpowiedzi są wiążące dla stron. Co za tym idzie, w ocenie Izby, brak było podstaw do uznania przez odwołującego, że zawarty w pozycji 327 przedmiaru robót wymóg dostawy agregatu o mocy 55kVA stanowi błąd zamawiającego. Okoliczność, iż zamawiający nie dokonał modyfikacji Przedmiaru robót dodając pozycję dotyczącą dostawy agregatu o mocy 90kVA nie zmienia faktu, iż udzielając odpowiedzi na pytania dokonał modyfikacji treści specyfikacji - wyjaśnienia udzielone w trybie

odpowiedzi na pytania wykonawców mogą stanowić modyfikację treści SIWZ – decyduje o tym merytoryczna zawartość pisma. Ewentualne wątpliwości co do wymagań zamawiającego wykonawca może rozwiązać korzystając z instytucji zwrócenia się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie treści specyfikacji (art. 38 ust. 1 ustawy Pzp). Odwołujący powyższego w spornym zakresie nie uczynił, niezasadnie dokonując samodzielnej interpretacji postanowień specyfikacji.

Mając na uwadze powyższe oraz oświadczenie odwołującego, iż odwołujący zaoferował jeden agregat o mocy 90 kVA Izba stwierdziła, iż oferta odwołującego jest w tym zakresie niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba nie zgodziła się z twierdzeniem odwołującego, iż za niedopuszczalne należy uznać uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego. Izba stwierdziła, iż jakkolwiek odwołuje się ono do uzasadnienia odrzucenia innych ofert, co nie jest działaniem prawidłowym (zamawiający powinien uzasadnić dokonaną czynność osobno w stosunku do każdej z ofert), jednak treść uzasadnienia odrzucenia oferty nr 1 w wystarczający sposób wskazuje odwołującemu na faktyczne przyczyny odrzucenia oferty, co potwierdza okoliczność, iż odwołujący wniósł odwołanie od tej czynności. Tym samym, brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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. Izba nie uwzględniła wniosku o zasądzenie kosztów złożonego przez pełnomocnika Przedsiębiorstwa Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, bowiem stosownie do treści § 3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, do kosztów postępowania nie zalicza się kosztów wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, za wyjątkiem sytuacji, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia, które w niniejszej sprawie nie zaistniały.

Przewodniczący: