

Sygn. akt KIO 2426/10

WYROK
z dnia 18 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Arymowicz

Członkowie: Agnieszka Bartczak-Żuraw
Katarzyna Brzeska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 5 listopada 2010 r. przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M+” Sp. z o.o., ul. Strzelecka 13B, 47-230 Kędzierzyn-Koźle** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice**

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M+” Sp. z o.o., ul. Strzelecka 13B, 47-230 Kędzierzyn-Koźle** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M+” Sp. z o.o., ul. Strzelecka 13B, 47-230 Kędzierzyn-Koźle** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 935 wraz z budową chodników na odcinku od km 45+208 do km 56+741 na terenie Gminy Suszec - etap I od km 45+190 do km 51+350.

Pismem z dnia 28 października 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich. Jednocześnie zamawiający wskazał, iż na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) dalej ustawa p.z.p., odrzucił ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M+” Sp. z o. o., z siedzibą w Kędzierzynie-Koźle.

Od powyższych czynności zamawiającego pismem z dnia 5 listopada 2010 r., odwołanie wniósł wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M+” Sp. z o. o., z siedzibą w Kędzierzynie-Koźle zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 26 ust. 4, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 oraz 92 ustawy p.z.p.

Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty, oraz wybór jego oferty, jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu odwołania wskazywał on, iż spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu a jego oferta zgodna jest z treścią SIWZ i niepodległa odrzuceniu w oparciu o podstawę prawną wskazaną przez zamawiającego. Odwołujący przyznał, iż zgodnie z treścią jego oferty (załącznik nr 2 do SIWZ – formularz ofertowy) jak i treścią załącznika nr 9 do SIWZ, złożył on oświadczenie, że roboty drogowe będą wykonywane przez podwykonawcę, jednakże pojęcie „roboty drogowe” jest bardzo szerokie i w zakres robót drogowych wchodzi roboty zastrzeżone przez zamawiającego, czyli podbudowa i pakiet bitumiczny, ale również cała gama innych robót drogowych takich jak wykonanie elementów ulic (krawężniki, obrzeża) czy też nawierzchnie chodników wraz z podbudową, roboty ziemne związane z korytem drogi, przepusty drogowe czy też odwodnienie powierzchniowe korpusu drogowego. Tym samym w

ocenie odwołującego pojęcie robót drogowych wpisanych w zakres podwykonawstwa nie jest tożsamy z zakresem robót zastrzeżonych przez zamawiającego. Odwołujący stwierdził, iż wniosku takiego nie sposób wysnuć z treści jego oferty. Ponadto odwołujący podniósł, iż zamawiający nie sprecyzował postanowieniami SIWZ jak należy wypełnić dokumenty w przypadku, gdy wykonawca użyje podwykonawcy w zakresie części robót drogowych konstrukcji drogi oraz innym rodzajem robót drogowych niż roboty podbudowy i pakietu bitumicznego. Odwołujący wskazał, iż wobec faktu nieuzasadnienia przez zamawiającego rzekomej niezgodności jego oferty z treścią SIWZ należy domniemywać, iż wymogi określone w SIWZ w przedmiotowym zakresie były niejasne i mogły mieć więcej niż jedną poprawną interpretację. Odwołujący podniósł również, iż dokumenty określone załącznikiem nr 2 i 9 SIWZ, jako dokumenty mieszczące się w treści art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. powinny podlegać obowiązkowemu wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy p.z.p. Odwołujący wskazał, iż w pkt I, lit. C załącznika nr 2 do SIWZ oświadczył tylko, że pewne roboty drogowe zamierza wykonać za pomocą podwykonawcy. Brak jest oświadczenia, że roboty drogowe całej konstrukcji drogi dla całego zadania będą zlecone podwykonawcy, a w przypadku wątpliwości zamawiający powinien obowiązkowo zastosować instytucję wynikającą z art. 26 ust. 4 ustawy p.z.p. lub art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest przebudowa drogi wojewódzkiej nr 935 wraz z budową chodników na odcinku od km 45+208 do km 56+741 na terenie Gminy Suszec - etap I od km 45+190 do km 51+350.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 września 2010 r. pod numerem 2010/S 169-259093.

Zgodnie pkt. 2.9.3. SIWZ zamawiający żądał wskazania przez wykonawców części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Wskazał, iż informację taką należy podać na/lub druku załącznika nr 9 do SIWZ. Ponadto zgodnie z pkt 2.9.4. SIWZ zamawiający działając na podstawie art. 36 ust. 5 ustawy p.z.p. zastrzegł, „(...) że *nie może być powierzona podwykonawcom część*

zamówienia dotycząca wykonania całej konstrukcji drogi (podbudowa i pakiet bitumiczny) dla całego zadania". Izba ustaliła również, iż w treści załącznika nr 2 do SIWZ – formularz ofertowy, pkt I lit. C wykonawcy zobowiązani byli wskazać czy roboty wynikające z przedmiotowego zamówienia wykonają: siłami własnymi, czy przy pomocy podwykonawców a jeśli tak, to w jakim zakresie.

Izba ustaliła również, iż zgodnie z pkt 1.13 SIWZ zamawiający określił, jako jedyne kryterium oceny ofert – cenę.

Do upływu terminu składania ofert wpłynęło 12 ofert, w tym oferta wykonawcy Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego „M+” Sp. z o. o., z siedzibą w Kędzierzynie-Koźle.

Izba ustaliła, iż na stronie 1 oferty, pkt. I lit. C formularza ofertowego, powyższy wykonawca wskazał: „(...) Roboty wynikające z niniejszego zamówienia wykonamy przy pomocy podwykonawców w zakresie:

- roboty drogowe,
- roboty elektryczne i elektroenergetyczne,
- roboty telekomunikacyjne,
- oznakowanie.”.

Ponadto tożsame oświadczenie, co do zakresu robót, jakie wykonawca ten zamierza zlecić podwykonawcom znajduje się na stronie 50 jego oferty.

Pismem z dnia 28 października 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich. Jednocześnie w tym samym piśmie zamawiający wskazał, iż na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. odrzucił m.in. ofertę Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego „M+” Sp. z o. o., z siedzibą w Kędzierzynie-Koźle. W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia, zamawiający wskazał, iż treść oferty powyższego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ gdyż zamierza on powierzyć do wykonania przez podwykonawców część robót, które zamawiający zastrzegł w SIWZ jako niemożliwe do powierzenia podwykonawcom.

Czynności te leżą u podstaw postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż pismem z dnia 8 listopada 2010 r. swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Eurovia Polska S. A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich wnosząc o jego oddalenie. Zarówno z treści przystąpienia

jak i dokumentacji postępowania wynika, iż wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu zostało doręczone przystępującemu faksem w dniu 5 listopada 2010 r. Izba ustaliła ponadto, iż przystąpienie wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej za pomocą faksu w dniu 8 listopada 2010 r. natomiast w formie pisemnej w dniu 9 listopada 2010 r. Izba wskazuje, iż zgodnie z § 7 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) z wyjątkiem odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby (...) może być przesłana faksem lub drogą elektroniczną. Mając na względzie powyższe nie sposób uznać za prawidłowe złożenie przystąpienia za pomocą faksu w dniu 8 listopada 2010 r. Wobec złożenia przystąpienia w sposób prawidłowy w dniu 9 listopada 2010 r. Izba ustaliła, iż przystępujący nie zachował terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy p.z.p. i nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia specyfikacji, treść oferty odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności ustalono, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p., uprawniający go do złożenia odwołania, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Wobec cofnięcia przez odwołującego na rozprawie zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. zarzut ten nie był przedmiotem oceny Izby.

W zakresie naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy p.z.p. Izba uznała zarzut ten za niezasadny. Izba wskazuje, iż w/w przepis umożliwia zamawiającemu zwracanie się do wykonawców o wyjaśnienie treści dokumentów mieszczących się w dyspozycji art. 25 ust. 1 ustawy p.z.p. Izba stoi na stanowisku, iż jest to uprawnienie a nie obowiązek zamawiającego. W przedmiotowej sprawie, odwołujący wskazując na naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy p.z.p. stanowisko swoje oparł na stwierdzeniu, iż zawarcie oświadczeniu o podwykonawcach zarówno w załączniku nr 2 do SIWZ – formularz ofertowy, jak i oświadczenie wyrażone na załączniku nr 9 do SIWZ mieszczą się w dyspozycji art. 25 ust. 1

pkt 2 ustawy p.z.p. W ocenie Izby nie sposób podzielić argumentacji odwołującego, iż oświadczenie zawarte w formularzu ofertowym jak i oświadczenie złożone na odrębnym druku w przedmiocie wskazania, jaka część robót zostanie powierzona podwykonawcy mieszczą się w katalogu dokumentów, jakich zamawiający może żądać na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Ponadto Izba zauważa, że zamawiający nie określił żadnego katalogu dokumentów, których żąda na potwierdzenie spełniania przez oferowane, w tym przypadku roboty budowlane, wymagań zamawiającego. Powyższe wskazuje na brak możliwości zastosowania w przedmiotowej sprawie dyspozycji art. 26 ust. 4 ustawy p.z.p. a tym samym stwierdzenia naruszenia tego przepisu. W ocenie Izby, kwestia wyjaśnienia przez zamawiającego, jaki zakres robót drogowych w ofercie odwołującego zostanie wykonany za pomocą podwykonawcy mogłaby być przedmiotem ustaleń w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. Biorąc jednakże pod uwagę ustalenia dokonane przez Izbę jak i oświadczenia stron złożone na rozprawie Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. Izba przyjęła argumentację zamawiającego, iż brak było podstaw do zastosowania dyspozycji powyższego przepisu. Bezspornym jest, iż odwołujący wskazał w swojej ofercie, iż w zakres robót, które zamierza powierzyć podwykonawcy wchodzi roboty drogowe. Bezspornym jest również, iż wykonanie podbudowy i pakietu bitumicznego mieści się w zakresie robót objętych pojęciem „roboty drogowe”. Wobec zastrzeżenia przez zamawiającego, że nie może być powierzona podwykonawcom część zamówienia dotycząca wykonania całej konstrukcji drogi (podbudowa i pakiet bitumiczny) dla całego zadania, powierzenie przez odwołującego podwykonawcy wykonania robót drogowych (w zakresie których mieści się wykonanie podbudowy i pakietu bitumicznego), stanowi o niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż zastrzeżenie zamawiającego wyrażone w pkt 2.9.4. SIWZ, zakazywało jedynie powierzenia podwykonawcy wykonania całej podbudowy i pakietu bitumicznego, a w konsekwencji powierzenie wykonania podbudowy i pakietu bitumicznego w jakiejś części nie stoi w sprzeczności z postanowieniami SIWZ. W ocenie Izby, wniosku takiego nie sposób wysnuć z zapisu pkt 2.9.4. SIWZ. Bezsprzecznie wynika z niego, iż zamawiający zastrzegł w ramach wykonania całej konstrukcji drogi niemożliwość podzlecenia wykonania podbudowy i pakietu bitumicznego. Wbrew twierdzeniom odwołującego, zapis ten nie wskazuje, na możliwość podzlecenia czy to np. 10% czy 95% wykonania podbudowy i pakietu bitumicznego. Izba stwierdziła, iż zgodnie z łączącą odwołującego z podwykonawcą umową przyrzeczenia z dnia 10 września 2010 r. jej załącznikiem nr 1, odwołujący powierzył podwykonawcy wykonanie części podbudowy w ramach przedmiotowego zadania. Izba wskazuje, iż zamawiający nie dopuszczając możliwości wykonania przez podwykonawcę podbudowy i pakietu bitumicznego nie wydzielił np. możliwości wykonania podbudowy czy

pakietu bitumicznego na zjazdach, zjazdach gruntowy, zatokach czy np. chodnikach. W punkcie np. 60 zał. nr 1 do w/w umowy, odwołujący powierzył podwykonawcy wykonanie podbudowy na zjazdach, chodnikach, wyspach dzielących zatoki w wielkości 18,418 m², podzlecenie wykonania podbudowy wynika również z pkt. 64, 65, 66, 67. Stanowi to niezgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ.

Powyższe potwierdza prawidłowość działania zamawiającego, w przedmiocie odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. i w konsekwencji niezasadność zarzutu zamawiającego, co do naruszenia tego przepisu.

Izba uznała, iż zamawiający prawidłowo zbadał i ocenił złożone oferty, a następnie dokonał prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc nie sposób jego działaniom przypisać także naruszenia przepisu art. 91 ustawy p.z.p. Izba stwierdziła również, iż zamawiający wykonał obowiązki wynikające z art. 92 ustawy p.z.p. a jego działanie nie naruszało dyspozycji tego przepisu.

Mając na względzie powyższe w ocenie Izby nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ustawy p.z.p. gdyż zamawiający prowadzi postępowanie w sposób nie naruszający zasad wyrażonych w tym normatywie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....