

WYROK

z dnia 9 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Emil Kuriata

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A. ul. Modlińska 17, 03-199 Warszawa oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego „Energopol” S.A. ul. Siemianowicka 5a, 40-301 Katowice

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie Oddział w Ciechanowie, ul. Powstańców Warszawskich 11, 06-400 Ciechanów

protestu z dnia 11 stycznia 2010 r.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo **P.R.I.B. „AR – MEL” Sp. z o.o. ul. Meliorantów 20, Rybienko Nowe, 07-200 Wyszaków** oraz **Keller Polska Sp. z o.o. ul. Poznańska 172, 05-850 Ożarów Mazowiecki** zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A. ul. Modlińska 17, 03-199 Warszawa oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego „Energopol” S.A. ul. Siemianowicka 5a, 40-301 Katowice 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 uiszczzonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A. ul. Modlińska 17, 03-199 Warszawa oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego „Energopol” S.A. ul. Siemianowicka 5a, 40-301 Katowice,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A. ul. Modlińska 17, 03-199 Warszawa oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego „Energopol” S.A. ul. Siemianowicka 5a, 40-301 Katowice.**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *przebudowę (modernizację) lewobrzeżnego wału przeciwpowodziowego rzeki Narwi w Pułtusku ZADANIE I km 0+000 – 1+944 miasto Pułtusk, woj. mazowieckie* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo

zamówień publicznych w trybie przetargu ograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 2 października 2009 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 168755. Wartość zamówienia wynosi 4.555.316,87 zł, tj. 1.174.928,91 euro, jest więc mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

5 stycznia 2010 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na to, iż przewidział on wykonanie części zamówienia przy udziale podwykonawcy w zakresie innym, niż dopuścił Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na tę czynność 11 stycznia 2010 r. Odwołujący wniósł protest, który Zamawiający oddalił 21 stycznia 2010 r. Od tego rozstrzygnięcia 26 stycznia 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i wniósł o unieważnienie wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert i wybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie na etapie oceny i badania ofert polegające na nieskorzystaniu z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w celu wyjaśnienia treści oferty złożonej przez Odwołującego, w związku z czym nie posiada wiedzy, że Odwołujący składając oświadczenie o powierzeniu części zamówienia podwykonawcy miał na myśli usługi sprzętowe, tj. udostępnienie sprzętu i urządzeń wraz z obsługą, umożliwiającą wykonanie przesłony przeciwfiltracyjnej metodą głębokiego mieszania gruntu, zgodnie z tym co zapisał zobowiązaniu zawartym w załączniku nr 7 do wniosku o dopuszczenie do przetargu ograniczonego, a co było wymagane zgodnie z rozdziałem III ust. 2 pkt b) ogłoszenia o zamówieniu w przypadku dysponowania sprzętem innych podmiotów i dopuszczało różne formy władania. Tym samym Odwołujący podtrzymał złożone we wniosku zobowiązanie. Zapraszając Odwołującego do

złożenia oferty Zamawiający stwierdził jednoznacznie, że spełnia on postawione warunki.

Potwierdzeniem, że Odwołujący dysponuje wymaganym sprzętem jest zobowiązanie Przedsiębiorstwa Robót Geologiczno – Wiertniczych Grażyna Janik, Roman Kuś Sp. j. do udostępnienia sprzętu i urządzeń umożliwiających wykonanie przesłony przeciwfiltracyjnej metodą wglębnego mieszania gruntu, które zostało załączone do wniosku o dopuszczenie do przetargu ograniczonego w załączniku nr 7 i podtrzymane w ofercie.

Sprzęt do wykonywania przesłony jest sprzętem specjalistycznym i firma, która go udostępni zrobi to z przeszkoloną obsługą, nie ma więc znaczenia dla realizacji zamówienia, czy będzie to forma wynajmu sprzętu wraz z obsługą, czy podwykonawstwo. Również w świetle art. 36 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma znaczenia, czy będzie to forma podwykonawstwa, ponieważ Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zastrzegł, jakiej części zadania nie można powierzyć podwykonawcy.

W załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł sformułowanie: „Oświadczam/my, że: (...) przewiduję powierzenie podwykonawcy wykonanie następującej części zamówienia*: (Nazwa części zamówienia)”, z czego wynika, że nie ogranicza formy podwykonawstwa do jakichkolwiek części zamówienia i zostawia w tej sprawie otwarty katalog. Dodatkowo w punkcie III i XIX specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarte zostały sformułowania nie adekwatne do uprawnień Zamawiającego zgodnie ze wspomnianym art. 36 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z wymogami ustawy Zamawiający nie wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jakiej części zamówienia nie można podzlecić podwykonawcy. Brak takiego wskazania/zastrzeżenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz niejednoznaczna treść zapisów z punktu III i XIX specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego.

Jak wynika ze stanowiska Zamawiającego przedstawionego w rozstrzygnięciu protestu, zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezpodstawny, gdyż zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ma miejsce tylko w etapie badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ponadto nie było konieczności wzywania Odwołującego do uzupełniania dokumentów, ponieważ wniosek spełniał warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający w toku badania i oceny oferty uznał, że nie było przesłanek do zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Odwołujący składając ofertę oświadczył bezsprzecznie, że: „przewiduje powierzenie podwykonawcy wykonanie następującej części zamówienia: wykonanie przesłony hydro-izolacyjnej metodą w głębokiego mieszania gruntów”. Zapis ten nie pozostawia więc żadnych wątpliwości co do jego interpretacji i jednoznacznie wskazuje na zamierzenia Odwołującego zlecenia części zamówienia podwykonawcy. Na etapie badania wniosków Zamawiający oceniał potencjał techniczny Odwołującego, co nie jest tożsame z wykonywaniem robót przez podwykonawcę.

Również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczącego niepoprawienia omyłek w treści oferty jest niesłuszny, zgodnie bowiem z dyspozycją tego przepisu Zamawiający poprawia oczywiste i nieistotne omyłki w treści oferty. Natomiast oświadczenia Odwołującego dotyczącego wykonania części zamówienia przez podwykonawcę nie może być zaliczane do omyłki oczywistej ani nieistotnej.

Wykonanie przesłony hydroizolacyjnej jest jednym z głównych, specyficznych i istotnych elementów niniejszego zamówienia, który ma wpływ na ochronę ludzi i przyległych terenów oraz miasta Pułtuska. Odwołujący nie zastosował się do zapisów punktu III i XIX specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której, zgodnie z art. 36 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający zastrzegł, że wykonawca może powierzyć część zamówienia podwykonawcy, ale tylko w zakresie obsługi geodezyjnej. Zatem nie wyraził zgody na to, aby przesłone hydroizolacyjną wykonywał podwykonawca. Wykonanie przesłony hydroizolacyjnej ma charakter istotny i zasadniczy dla ochrony przeciwpowodziowej, dlatego też nie można powierzyć wykonania

tych prac podwykonawcy. Odwołujący złożył zatem ofertę niezgodną z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, narażając się na jej odrzucenie.

Na podstawie stanu faktycznego ustalonego na podstawie dokumentacji postępowania, treści protestu, jego rozstrzygnięcia, odwołania, przystąpień, a także oświadczeń Stron i Przystępującego złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W punkcie III specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis przedmiotu zamówienia” znajduje się następujące postanowienie: „Podwykonawcy – zamawiający zastrzega zgodnie z art. 36 ust. 5 Ustawy pzp, że ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia w zakresie obsługi geodezyjnej Podwykonawcy.”

Również w punkcie XIX specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy” Zamawiający zawarł następujący zapis: „zgodnie z art. 36 ust. 5 Ustawy pzp Zamawiający zastrzega, że ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia w zakresie obsługi geodezyjnej Podwykonawcy.”

We wspomnianym załączniku nr 7 do wniosku Odwołującego o dopuszczenie go do udziału w postępowaniu znajduje się zobowiązanie Przedsiębiorstwa Robót Geologiczno – Wiertniczych Grażyna Janik, Roman Kuś Sp. j. do udostępnienia Przedsiębiorstwu Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego „Energopol” S.A. sprzętu i urządzeń umożliwiających wykonanie przesłony przeciwfiltracyjnej metodą wgłębnego mieszania gruntu.

Natomiast w ofercie Odwołujący uzupełnił przygotowany przez Zamawiającego wzór o treści „przewiduję powierzenie podwykonawcy wykonanie następującej części zamówienia” o następujący wpis: „wykonanie przesłony hydro-izolacyjnej metodą wgłębnego mieszania gruntów.”

Na wstępie Izba stwierdza, iż zarzuty dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ewentualnego naruszenia przez nią art. 36 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, są na tym etapie postępowania spóźnione. Zgodnie z art. 180 ust. 4 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powinny być zgłaszane w ciągu 7 dni od dnia otrzymania przez wykonawcę specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na obecnym etapie postępowania są one dla Zamawiającego i wykonawców wiążące, a ich zmiana lub nieprzestrzeganie przy badaniu ofert byłyby naruszeniem w postępowaniu zasady zachowania uczciwej konkurencji.

Zatem przy rozstrzygnięciu sporu należy kierować się istniejącym brzmieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wynika z niego (zacytowany powyżej pkt III i XIX), iż Zamawiający zastrzegł, iż „ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia w zakresie obsługi geodezyjnej Podwykonawcy”. Jakkolwiek nie użył on słowa „tylko” lub „wyłącznie” obsługę geodezyjną, jednak wynika to z całości wypowiedzi – skoro można powierzyć podwykonawcom obsługę geodezyjną, to *a contrario* – nie można powierzyć innego zakresu. Nie zmienia tego przygotowane przez Zamawiającego w formularzu ofertowym pozostawione wolne miejsce na wpisanie przez wykonawców zakresu powierzonych prac.

Nawet jeśli Odwołujący, wskazując w ofercie na zakres prac dotyczących przesłony hydro-izolacyjnej, nie miał na myśli podwykonawstwa, lecz wynajem do ich wykonania sprzętu wraz z obsługą, nie wynika to z treści oferty i, zdaniem Izby, tego błędu nie można naprawić w oparciu o żadną ze wskazanych przez Odwołującego procedur przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych: art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1 czy art. 87 ust. 2.

Co prawda, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych można zastosować również na tym etapie postępowania – w stosunku do dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego lub pełnomocnictw, jednak ponieważ nie

do tych dokumentów odnosi się niniejszy spór, nie dotyczy to sytuacji w niniejszym postępowaniu.

Izba nie znalazła także przyczyn do nakazania Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż, jak wskazał sam Zamawiający, z oświadczenia wykonawcy bezpośrednio wynika jego zamiar, natomiast złożenie przez Odwołującego oświadczenia o treści podobnej jak w odwołaniu – tzn. iż jego zamiarem było tylko wypożyczenie sprzętu i obsługi, zmieniłoby treść oferty ujawnioną Zamawiającemu w chwili składania ofert, zatem i tak byłoby bezskuteczne w stosunku do istniejącej już treści oferty.

Błędu tego nie można skorygować także w oparciu o art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z oczywistych względów – w odniesieniu do punktu 1 i 2 tego przepisu, gdyż nie mamy do czynienia z oczywistą omyłką pisarską czy rachunkową. Natomiast co do punktu 3., tj. jako innej pomyłki polegającej na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, to trudno uznać w tym zakresie, iż zmiana taka byłaby nieistotną zmianą treści oferty.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 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 z późn. zm.). Izba nie przyznała Zamawiającemu zwrotu kosztów, gdyż nie przedstawił on rachunków, które są wymagane przywołanym powyżej przepisem rozporządzenia.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. 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 Płocku.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....