

**WYROK**

**z dnia 28 marca 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska  
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych S.A.**

**ul. Wiśniowieckiego 138, 33-310 Nowy Sącz**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

**Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad oddział w Krakowie**

**ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków**

protestu z dnia 28 lutego 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego się oraz XXX po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje powtórna ocenę ofert**
- 2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad oddział w Krakowie ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych S.A. ul. Wiśniowieckiego 138, 33-310 Nowy Sącz,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 064 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad oddział w Krakowie ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków na rzecz Przedsiębiorstwa Robót Drogowo – Mostowych S.A. ul. Wiśniowieckiego 138, 33-310 Nowy Sącz stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu oraz zastępstwa procesowego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Przedsiębiorstwa Robót Drogowo – Mostowych S.A. ul. Wiśniowieckiego 138, 33-310 Nowy Sącz.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z odnową nawierzchni drogi krajowej nr 28 Zator – Medyka – Granica Państwa na odcinku Białka – Osielec w km 45+370 – 52+400*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655). Ogłoszenie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 14 stycznia 2008 r. pod poz. 9057. Wartość zamówienia wynosi 17.458.907,40 zł tj. 4.503.084,10 euro.

Kryterium oceny ofert była najniższa cena. Przed upływem terminu składania ofert złożono 6 ofert, z których najtańszą złożyło Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A., a drugą w kolejności Odwołujący.

21 lutego 2008 r. Odwołujący otrzymał informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A. 28 lutego 2008 r. Odwołujący wniósł na powyższy wybór protest, w którym zarzucił Zamawiającemu wybór oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Odwołującego treść oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z punktem II.2 rozdziału IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. Programu Funkcjonalno – – Użytkowego Zamawiający wymagał, aby „materiały do warstwy ścieralnej i wiążącej nawierzchni dróg były tylko klasy I”, natomiast Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A. w swojej ofercie wskazuje, iż do warstwy wiążącej użyje: „piasek łamany kruszywo drobne granulowane oraz grysy klasy I, II gat. I”.

W związku z powyższym zarzutem Odwołujący zażądał unieważnienia decyzji Zamawiającego o wyborze oferty Podhalańskiego Przedsiębiorstwa Drogowo – – Mostowego S.A. jako najkorzystniejszej, odrzucenia tej oferty, dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

6 marca 2008 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o oddaleniu protestu. Zamawiający uznał, iż powyższy zapis w ofercie Podhalańskiego Przedsiębiorstwa Drogowo – Mostowego S.A. nie jest niezgodny z wymogami postawionymi w Programie Funkcjonalno – Użytkowym, który przewiduje wykonanie warstwy wiążącej z grysów klasy I. Natomiast wykazanie grysów klasy II jest rozwiązaniem, którego Zamawiający nie bierze pod uwagę, ponieważ przed rozpoczęciem robót Zamawiający, zgodnie z rozdziałem II punktem 6.4. Programu Funkcjonalno – Użytkowego zatwierdza receptury mieszanek bitumicznych i zatwierdzi tylko recepturę zawierającą użycie grysów klasy I. Zamawiający stwierdził, iż oferta obejmuje w całości przewidziany do wykonania przedmiot zamówienia, a podanie we Wstępnym Opisie Robót dodatkowej klasy grysów poza wymaganą w Programie

Funkcjonalno – Użytkowym nie dyskwalifikuje oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta wskazuje do wykonania warstwy wiążącej użycie grysów klasy I, zatem nie może być uznana za sprzeczną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Na powyższe oddalenie 11 marca 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Podhalańskiego Przedsiębiorstwa Drogowo – Mostowego S.A. i zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego) podtrzymując i ponawiając zarzut podniesiony w proteście.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Podhalańskiego Przedsiębiorstwa Drogowo – Mostowego S.A., odrzucenia tej oferty oraz dokonania ponownej oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Jednocześnie Odwołujący przywołał wyrok Zespołu Arbitrów z 18 czerwca 2007 r. sygn. akt UZP/ZO/0-683, 694, 695/07, w którym w podobnej sytuacji Zespół Arbitrów nakazał Zamawiającemu odrzucenie oferty.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w punkcie II. 2 rozdziału IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. Programie Funkcjonalno – Użytkowym pt. „Wymagania materiałowe” określił, iż „wykonawca będzie stosował tylko takie materiały, które spełniają wymagania ustawy Prawo Budowlane, są zgodne z polskimi normami przenoszącymi europejskie normy zharmonizowane oraz posiadają wymagane przepisami atesty i certyfikaty. Materiały do warstwy ścieralnej i wiążącej nawierzchni dróg tylko klasy I, a elementy betonowe tylko z betonu min. B-30.” Zapis ten, w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości określa rodzaj materiałów, które mają być użyte do budowy

warstwy ścieralnej i wiążącej nawierzchni dróg: „*tylko klasy I*”, a użycie słowa „tylko” jeszcze podkreśla kategoryczność tego wymagania.

Żądanie to, ze względu na przeznaczenie dróg do ruchu wzmożonego i z dużym udziałem pojazdów ciężkich nie jest kwestionowane, a jego zasadność została potwierdzona zarówno przez Odwołującego, jak i Zamawiającego – Strony zgodnie przyznały, iż użycie materiałów tej klasy ma duże znaczenie dla jakości wykonania przedmiotu zamówienia, a zastosowanie materiałów do budowy warstwy ścieralnej i wiążącej nawierzchni dróg o niższej klasie miałyby niekorzystny wpływ na jakość budowanej drogi.

Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A. w swojej ofercie zaoferowało „piasek łamany kruszywo drobne granulowane oraz grysy klasy I, II gat. I”. Zamawiający, pomimo zapisu oferty, z którego wynika, iż wykonawca ten zamierza użyć nie tylko grysów klasy I, ale i II uznał, iż oferta nie jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ponieważ na jej podstawie wyegzekwuje on stosowanie przy budowie wyłącznie grysów I klasy. Jednak takie przeświadczenie Zamawiającego jest niewystarczające dla stwierdzenia, iż wykonawca rzeczywiście wykona przedmiot zamówienia o jakości założonej przez Zamawiającego – tym bardziej, iż Zamawiający nie prosił o żadne wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A. nie potwierdziło woli zastosowania wyłącznie materiałów I klasy, choćby w postaci przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Jakkolwiek nie budzi wątpliwości fakt, iż w dokumentacji projektowej, którą ma wykonać wykonawca, może on bez trudu przewidzieć budowę dróg z materiałów klasy I, a Zamawiający rzeczywiście będzie wymagał użycia wyłącznie takich materiałów, to jednak wątpliwości co do tego, czy Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A. będzie w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie przy użyciu materiałów klasy I, które stanowią istotny element cenotwórczy przedmiotowych robót budowlanych, budzi także cena oferty tego wykonawcy – w wysokości 18.910.000 zł, podczas gdy ceny ofert pozostałych 5 wykonawców są ze sobą bardzo zbieżne

i kształtują się pomiędzy 25.445.540 zł i 26.772.799,36 zł – a więc jest ona ok. 6,5 – 7,8 mln niższa od cen wykonawców, którzy zastosowali wyłącznie materiały klasy I.

W związku z tym skład orzekający Izby uznał, iż nie może stwierdzić, że oferta Podhalańskiego Przedsiębiorstwa Drogowo – Mostowego S.A. jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Wobec powyższego należało orzec 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.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Krakowie.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....