

Sygn. akt KIO/UZP 1090/08

**WYROK**  
**z dnia 22 października 2008r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Członkowie: Anna Packo**  
**Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Elżbieta Wasek, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Kopalnia Piachu i Żwiru WASKOP Elżbieta Wasek”, 09-409 Płock, ul. Walecznych 9a/14 (lider konsorcjum), Jacek Wasek, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „P.I.B. WASBUD Jacek Wasek”, 09-409 Płock, ul. Walecznych 9a/14 oraz PHU LIMEKS Sp. z o.o.** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg, 09-400 Płock, ul. Bielska 9/11** protestu z dnia 15 września 2008r.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**

**2. kosztami postępowania obciąża Miejski Zarząd Dróg, 09-400 Płock, ul. Bielska 9/11**  
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 **Wykonawców wspólnie ubiegających się** o udzielenie **zamówienia: Elżbieta Wasek, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Kopalnia Piachu i Żwiru WASKOP Elżbieta Wasek”, 09-409 Płock, ul. Walecznych 9a/14 (lider konsorcjum), Jacek Wasek, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „P.I.B. WASBUD Jacek Wasek”, 09-409 Płock, ul. Walecznych 9a/14 oraz PHU LIMEKS Sp. z o.o.,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Miejski Zarząd Dróg, 09-400 Płock, ul. Bielska 9/11** na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Elżbieta Wasek, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Kopalnia Piachu i Żwiru WASKOP Elżbieta Wasek”, 09-409 Płock, ul. Walecznych 9a/14 (lider konsorcjum), Jacek Wasek, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „P.I.B. WASBUD Jacek Wasek”, 09-409 Płock, ul. Walecznych 9a/14 oraz PHU LIMEKS Sp. z o.o.,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
- 3) 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 **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Elżbieta Wasek, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Kopalnia Piachu i Żwiru WASKOP Elżbieta Wasek”, 09-409 Płock, ul. Walecznych 9a/14 (lider konsorcjum), Jacek Wasek, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „P.I.B. WASBUD Jacek Wasek”, 09-409 Płock, ul. Walecznych 9a/14 oraz PHU LIMEKS Sp. z o.o.**

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

W dniu 08.08.2008r., Miejski Zarząd Dróg, 09-400 Płock, ul. Bielska 9/11 (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa ulicy Zduńskiej w Płocku” i w tym samym dniu zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia

29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 1 645 450,82 zł, co stanowi równowartość 424 402,47 euro.

W dniu 10.09.2008r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej (za ofertę najkorzystniejszą uznana została oferta złożona przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grzegorz Wereszczyński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Usługowe Wereszczyński”, 09-400 Płock, ul. Przemysłowa 30 (lider konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Instalacyjne A. Wałęsa, M. Rybicki, L. Malara, spółka jawna), a także o odrzuceniu oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Elżbieta Wasek, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Kopalnia Piachu i Żwiru WASKOP Elżbieta Wasek”, 09-409 Płock, ul. Walecznych 9a/14 (lider konsorcjum), Jacek Wasek, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „P.I.B. WASBUD Jacek Wasek”, 09-409 Płock, ul. Walecznych 9a/14 oraz PHU LIMEKS Sp. z o.o.

W dniu 15.09.2008r. Konsorcjum, którego oferta została odrzucona (dalej: Odwołujący) – złożyło protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 22.09.2008r. poprzez jego oddalenie, w tym samym dniu informując o swojej decyzji Odwołującego. Odwołujący w dniu 26.09.2008r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, i wniósł o powtórny ocenę ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych wskazał następujące podstawy faktyczne:

- 1) źle obliczona cena oferty w załączniku nr 5 (niezgodnie z wymaganiami SIWZ dział 15 ust. 1),
- 2) źle wypełniony załącznik nr 8 (wymagania SIWZ dział 9 ust. 4 oraz punktem 4 uwag strona 3 SIWZ),
- 3) treść załącznika nr 4a niezgodna z treścią załącznika nr 4 (wymagania SIWZ dział 9 uwaga pkt 1).

Wskazane przez Zamawiającego powody odrzucenia oferty są w ocenie Odwołującego uchybieniami w zakresie formy sporządzenia oferty, lecz nie stanowią w istocie uchybień

odnoszących się do treści oferty, zatem nie mogą być powodem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający rozstrzygając protest stwierdził, że w przypadku uchybień wskazanych w ofercie Odwołującego zaistniała niezgodność „treści merytorycznej oferty, a nie jej formy”.

Zdaniem Zamawiającego:

- 1) źle obliczona cena oferty w załączniku nr 5 powoduje, że z treści oferty nie wynika jednoznacznie, która cena oferty jest ostateczna: czy oferowana na załączniku nr 5, czy cena oferowana na załączniku nr 1 (jest to kwota kosztorysu nie uwzględniająca poz. nr 2 i 3 załącznika nr 5)
- 2) z treści załącznika nr 8 nie wynika jednoznacznie, czy wykonawca będzie zatrudniał podwykonawców, czy też roboty te wykona siłami własnymi,
- 3) treść załącznika nr 4a nie odpowiada treści załącznika 4, którego wzór zamawiający załączył do SIWZ; w kolumnie nr 3 należało podać wartość zamówienia brutto, tymczasem w formularzu 4a podano tylko „wartość”, więc nie wiadomo, jaka to jest wartość informacja ta nie wynika z załączonych referencji.

Odnosząc się do argumentów zawartych w rozstrzygnięciu protestu, Odwołujący wskazał:

- 1) w załączniku nr 5 należało przedstawić zestawienie cen elementów zamówienia oraz wykaz stawek i narzutów elementów robót ujętych w tym załączniku odnoszących się do poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, co Odwołujący przedstawił zgodnie z zaleceniem – wszystkie pozycje, które obejmuje załącznik nr 5 jako osobne zestawienie, są również ujęte w kosztorysie ofertowym (pozycje 43-44 i 46),
- 2) sposób wypełnienia załącznika nr 8 jednoznacznie wskazuje, że Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zamierzają wykonać zadanie siłami własnymi, bez udziału podwykonawców,
- 3) warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie się wykonaniem co najmniej 2 robót o wartości 500 000zł brutto każda; w ofercie Odwołującego wskazano m.in. 4 roboty o wartości powyżej 700 000 zł, zatem „niezrozumiałe jest dla wykonawcy stanowisko Zamawiającego w zakresie spełniania warunku doświadczenia przez wykonawcę”.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała za zasadne stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień

publicznych, jako podstawę faktyczną wskazując niezgodność załącznika nr 4a i 8 w ofercie Odwołującego z treścią tych załączników SIWZ.

Izba ustaliła, iż w załączniku nr 4a Odwołujący rzeczywiście zmienił brzmienie nagłówek kolumn w stosunku do brzmienia załącznika nr 4 załączonego do SIWZ („wartość brutto” na „wartość”, „odbiorca” na „miejsce robót”), jednak treść załącznika, zatytułowanego przez Zamawiającego „Wykaz wykonanych robót budowlanych”, a przez Odwołującego „Wykaz obiektów zrealizowanych [przez każdego z uczestników Konsorcjum] w ciągu ostatnich pięciu lat” nie stanowi treści oferty, zatem rozbieżności pomiędzy wzorem Zamawiającego a dokumentem załączonym do oferty Odwołującego nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, tj. jako nieodpowiadającej treści SIWZ. Omawiany „Wykaz (...)” jest dokumentem, który ma potwierdzić warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli dokument nie jest prawidłowy, Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych powinien wezwać wykonawcę do jego uzupełnienia (chyba że jego oferta podlega odrzuceniu), bądź mógł wezwać do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający bowiem nie twierdził, iż Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, polegającego na wykonaniu 2 robót budowlanych o wartości 500 000 zł brutto, lecz w istocie stwierdził wyłącznie, że wykaz robót załączony do oferty Odwołującego jest niezgodny ze wzorem załączonym do SIWZ. Wobec powyższego nie było podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z innym, niż w SIWZ, brzmieniem załącznika nr 4a załączonym do oferty Odwołującego.

Izba ustaliła, że w załączniku nr 8 należało wskazać podwykonawców – tytuł tego załącznika brzmi „Wykaz części zamówienia, których wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom”. W ofercie Odwołującego w tymże załączniku (strona 41 oferty) nie wymieniono podwykonawców (osób trzecich), lecz wskazano, jaki rzeczowy zakres robót (i o jakiej wartości) będą wykonywać poszczególni uczestnicy Konsorcjum. Taki sposób wypełnienia załącznika jednoznacznie wskazuje, że Odwołujący nie zamierza powierzyć wykonania żadnej części zamówienia podwykonawcom, lecz całość robót (suma robót wymienionych w załączniku nr 8 odpowiada cenie brutto oferty wskazanej w formularzu ofertowym, strona 1 oferty). Co prawda, w umowie konsorcjum z dnia 27.08.2008r. (załączonej do oferty, strona 6, mimo braku takiego obowiązku) uczestnicy konsorcjum w § 6 ust. 2 przewidziały możliwość powierzenia części prac podwykonawcom, jednak w ocenie Izby rozstrzygająca jest treść załącznika nr 8 w ofercie Odwołującego, deklarująca wykonanie całości zamówienia siłami własnymi. Wobec czego nie można stwierdzić niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, ponieważ zdaniem Zamawiającego błędnie wypełniono załącznik nr 5 w ofercie Odwołującego, zatem oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ – Izba stwierdziła, że Zamawiający postąpił prawidłowo, zatem zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający do SIWZ załączył formularz zatytułowany „zestawienie cen elementów robót i wykaz stawek i narzutów” oznaczony jako „załącznik nr 5”, strona 16 SIWZ. Formularz zawiera tabelę z trzema kolumnami (1 - lp., 2 - nazwa elementów robót, 3 - cena netto w zł) oraz 7 wersami (1 – nazwy kolumn, 2 - „1. Wartość robót z kosztorysu”, 3 - „2. Tymczasowa organizacja ruchu (...)”, 4 - „3. Obsługa geodezyjna (...)”, 5 - „4. Wykonanie i montaż 2 szt. Tablic informacyjnych (...)”, 6 - „Inne”, 7 - „Razem cena”). Odwołujący w ofercie umieścił formularz oznaczony jako załącznik nr 5 (strona 29 oferty); wypełniono w nim wersy 3-5 poprzez wpisanie tamże cen za poszczególne elementy, pominięto kolumnę 2 - „1. Wartość robót z kosztorysu” oraz 6 - „Inne”. Do oferty załączono kosztorys ofertowy oraz formularz ofertowy zgodny ze wzorem zamieszczonym w SIWZ, w którym jednoznacznie wpisano cenę (czwarty wers tabeli, str. 1 oferty). Do formularza ofertowego (strona 1 oferty) przeniesiono kwotę z kosztorysu ofertowego, nie dodając do niej kwoty wynikającej z sumowania elementów wskazanych w załączniku nr 5 w wersach 3-5.

Zamawiający sposób obliczenia ceny opisał w dziale 15 SIWZ. W ust. 1 postanowiono, iż „cena oferty składa się z sumy ceny otrzymanej przez zsumowanie iloczynów cen jednostkowych i odpowiadających im ilości robót w kosztorysie ofertowym oraz wszelkich innych kosztów związanych z realizacją zamówienia – zgodnie z załącznikiem nr 5 do oferty”. Zatem w załączniku nr 5 opisano wszystkie elementy składające się na przedmiot zamówienia – oprócz prac wycenionych w kosztorysie (A) należało wycenić jeszcze tymczasową organizację ruchu (B), obsługę geodezyjną (C), wykonanie i montaż 2 szt. Tablic informacyjnych (D). Wszystkie wymienione elementy zsumowane, zgodnie z przywołanym postanowieniem Działu 15 ust. 1 SIWZ, dają cenę ofertową („Razem cena”):  
 $A + B + C + D = \text{cena}$ .

Natomiast w ofercie Odwołującego nie zsumowano wszystkich wymienionych wyżej elementów; cena oferty równa się cenie wynikającej z kosztorysu ofertowego, czyli  $A = \text{cena}$ . Z brzmienia załącznika nr 5 w ofercie nie wynika, iż Odwołujący w cenie ofertowej uwzględnił pozostałe elementy przedmiotu zamówienia, tj. tymczasową organizację ruchu (B), obsługę geodezyjną (C), wykonanie i montaż 2 szt. Tablic informacyjnych (D).

Odwołujący zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie twierdził, iż wszystkie elementy przedmiotu zamówienia ( $A + B + C + D$ ) ujął w kosztorysie ofertowym. Równocześnie oświadczył, że kosztorys ofertowy jest zgodny z przedmiarem robót i nie dokonywano w nim żadnych zmian polegających na dodawaniu pozycji czy zwiększaniu ilości w pozycjach.

Izba uznała, że stanowisko Odwołującego, iż w jego kosztorysie ofertowym zawarte są wszystkie elementy przedmiotu zamówienia nie może być zaakceptowane w całości. Można bowiem uznać, że koszt wykonania i montażu 2 szt. Tablic informacyjnych (D) został ujęty w dziale „Oznakowanie i urządzenia bezpieczeństwa ruchu” (w kosztach ogólnych kosztorysu) – zgodnie z oświadczeniem złożonym w ofercie, strona 28. Można również zaakceptować pogląd Odwołującego, że koszt obsługi geodezyjnej (C) zawarty jest w pozycji 1 i 46 kosztorysu, ponieważ z opisu tych pozycji w przedmiarze nie wynika, że zakres prac opisanych tamże nie może obejmować obsługi geodezyjnej.

Jednak w ocenie Izby w ofercie Odwołującego nie wyceniono tymczasowej organizacji ruchu (B). Jak wskazał Zamawiający na rozprawie, w skład przedmiotu zamówienia wchodzi realizacja dwóch projektów organizacji ruchu: docelowej (opisanej w przedmiarze robót, miała być wyceniona w kosztorysie ofertowym) i tymczasowej (opisanej w wersji 2 załącznika nr 5, miała być tamże wyceniona). Skoro Odwołujący twierdzi, że pozycji z przedmiaru nie zmieniał ilościowo, nie można mieć wątpliwości, że jego wycena organizacji ruchu obejmuje tylko docelową organizację ruchu (20 znaków, 31 słupków – pozycje 43-44 kosztorysu ofertowego, zgodnie z zakresem ilościowym w zestawieniu oznakowania w „Projekcie docelowej organizacji ruchu”, strona 9, kopia w aktach sprawy). Natomiast kosztorys ofertowy Odwołującego nie obejmuje 19 znaków i 100 słupków, zgodnie z zakresem ilościowym w zestawieniu oznakowania w „Projekcie tymczasowej organizacji ruchu”, strona 8, kopia w aktach sprawy). Zatem w wycenie Odwołującego, o ile można przyjąć, że A zawiera C i D, to nie zawiera B, a więc treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ nie obejmuje ona tymczasowej organizacji ruchu (B). Wobec powyższego Zamawiający postąpił prawidłowo, odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ załącznik nr 5 został nieprawidłowo wypełniony, co skutkowało brakiem pełnej wyceny przedmiotu zamówienia, i niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ. Zauważyć należy, że pozostali uczestnicy postępowania (w postępowaniu złożono 3 oferty) wypełnili formularz prawidłowo (kopie w aktach sprawy), to jest zsumowali wycenę elementów A + B + C + D i otrzymaną sumę wskazali w formularzu ofertowym jako cenę ofertową.

Reasumując, dwa zarzuty spośród zarzutów podnoszonych przez Odwołującego są uzasadnione (Zamawiający nie postąpił prawidłowo, odrzucając ofertę Odwołującego z powodu załączników nr 4a i 8), natomiast jeden nie może być uwzględniony (Zamawiający słusznie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, z powodu niewłaściwego wypełnienia załącznika nr 5). Wobec czego Izba orzekła, jak w sentencji. Nakazano powtórzenie oceny ofert, ponieważ Zamawiający błędnie wskazał niektóre przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:**

.....

.....