

Sygn. akt: KIO/UZP 781/08

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

**Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Marek Koleśnikow**

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu/~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach*~~ 12 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Eurovia Polska S.A., 53-609 Wrocław, ul. Fabryczna 20b** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Ruda Śląska, 41-709 Ruda Śląska, Plac Jana Pawła II 6** protestu ~~/protestów*~~ z dnia 10 lipca 2008 r.

orzeka:

1. Unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę drogi do Śląskiego Parku Przemysłowego i Inkubatora Przedsiębiorczości.

2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Ruda Śląska, 41-709 Ruda Śląska, Plac Jana Pawła II 6

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 uiszczonego przez **Eurovia Polska S.A., 53-609 Wrocław, ul. Fabryczna 20b,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Miasto Ruda Śląska, 41-709 Ruda Śląska, Plac Jana Pawła II 6** na rzecz **Eurovia Polska S.A., 53-609 Wrocław, ul. Fabryczna 20b** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa przez pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 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 **Eurovia Polska S.A., 53-609 Wrocław, ul. Fabryczna 20b.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę drogi do Śląskiego Parku Przemysłowego i Inkubatora Przedsiębiorczości, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (BZP Nr 1 poz. 7827 z 18.04.2008 r.), w dniu 10 lipca 2008 r. został złożony protest a następnie odwołanie przez wykonawcę Eurovia Polska S.A. z Wrocławia.

Wniesienie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia pismem z dnia 4 lipca 2008 r. o wyborze oferty Konsorcjum „Wadrox” S.A. z Częstochowy i Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów S.A.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu Miastu Ruda Śląska naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655):

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przy uwzględnieniu dokonanych modyfikacji, wskutek odstępstw w kosztorysie ofertowym od przedmiaru robót,
2. art. 91 ust. 1 przez dokonanie wyboru oferty podlegającej odrzuceniu,
3. art. 7 ust. 1 przez akceptowanie wadliwej oferty.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach z dnia 1 maja 2008 r. na zapytanie wykonawcy o rozwiązanie problemu, iż zaprojektowane regulatory natężenia mocy typu NG-5 nie mieszczą się gabarytowo w szafach, w jakich mają zostać umieszczone, a opis tej pozycji kosztorysowej warunkuje poprawność wyceny szaf oświetleniowych,

Zamawiający odpowiadając „należy zastosować szafy z regulatorem typu SO-4 lub SO-6, w których elektroniczne regulatory 3 fazowe mieszczą się bez problemu,” tym samym zmodyfikował SIWZ (przedmiar) w pozycji 22 oświetlenie uliczne, w której uprzednio był podany system NG-5.

Wybrane Konsorcjum reprezentowane przez "Wadrox" S.A w swoim kosztorysie ofertowym nie uwzględniło tej zmiany, przez co treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ.

W kolejnych wyjaśnieniach z dnia 13 i 27 maja 2008 r. o rodzaj lepiszcza jaki należy zastosować na nawierzchnie, Zamawiający wyjaśnił, że „dla warstwy wiążącej należy zastosować lepiszcze z asfaltu D modyfikowanego,” tym samym uległa modyfikacji treść pozycji 43-50 przedmiaru. Wybrane Konsorcjum w kosztorysie ofertowym nie uwzględniło dokonanych zmian, co również świadczy o niezgodności treści oferty z wymaganiami.

W poz. 2.7. przedmiaru dla przyłączy kanalizacji deszczowej podana została ilość jednostek przedmiarowych równa: „- 41,66”, natomiast Konsorcjum przyjęło dla tej pozycji kosztorysu ofertowego „+41,66”, co oznacza niezgodność treści oferty z SIWZ.

Do postępowania wywołanego wniesieniem protestu na wezwanie Zamawiającego z 11 lipca 2008 r. w tym samym dniu przystąpiło Konsorcjum „Wadrox S.A. i PRD Lubartów S.A. stwierdzając, że zgłasza przystąpienie do protestu z wynikiem negatywnym. W odrębnym piśmie z dnia 17 lipca 2008 r. Przystępujący wykazywał swój interes prawny i wniósł o oddalenie protestu.

Postanowieniem z dnia 21 lipca 2008 r. Zamawiający oddalił protest. Nie zakwestionował, że zmodyfikował specyfikację w podanych przez Odwołującego pozycjach przedmiaru. Podniósł przy tym, że nie wskazał sposobu, w jaki należało zmiany uwzględnić i oświadczył, że dopuścił pozostawienie istniejącego zapisu pozycji kosztorysowych. Poddał w wątpliwość, czy zastosowane przez Odwołującego dopiski w odnośnych pozycjach kosztorysu, o treści „uwzględniono wyjaśnienia” są wystarczające. Stwierdził, że skoro nie wskazał sposobu wprowadzenia zmian, to nie może wymagać jednolitej metody. Wystarczające, zdaniem Zamawiającego było, że wybrane Konsorcjum oświadczyło na formularzu ofertowym, że treść oferty jest zgodna z przedmiotem zamówienia. Działający w imieniu Konsorcjum jego lider „Wadrox” S.A. dodatkowo pismem z dnia 27 czerwca 2008 r. na wezwanie Zamawiającego o wyjaśnienia potwierdził, że zastosuje regulator oświetlenia ulicznego typu SO-4. Natomiast cena wykonania nawierzchni asfaltowej zaoferowana przez Konsorcjum nie odbiega znacząco od ceny innych ofert, gdzie zaoferowano zastosowanie lepiszcza asfaltowego D 50 modyfikowanego, wprost wpisując to w odnośne pozycje kosztorysu ofertowego.

Zamawiający oświadczył, że „podanie w kosztorysie ofertowym w poz. 2.7 dla przyłączy kanalizacji deszczowej, większej ilości obmiarowej niż wymagana nie dyskwalifikuje oferty, „bo ilości przedmiarowe były wielkościami minimalnymi, a zatem podając większą jednostkę

obmiarową wykonawca spełnił wymagania minimalne." Zamawiający zaznaczył, że wpływ na dokonane rozstrzygnięcie protestu miała okoliczność, że wynagrodzenie kosztorysowe z oferty nie jest ostateczne, ponieważ rozliczenie robót będzie następowało na podstawie obmiarów powykonawczych i cen jednostkowych.

W odwołaniu wniesionym w dniu 25 lipca 2008 r. z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum ,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny i wyboru oferty.

Do postępowania odwoławczego pismem z dnia 4 sierpnia 2008 r. przystąpiło Konsorcjum reprezentowane przez "Wadrox" S.A., którego to przystąpienia Izba nie uznała za skuteczne ze względu na to, że prawidłowe przystąpienie do postępowania wywołanego wniesieniem protestu, o treści zgodnej z art. 181 ust. 5 Pzp Przystępujący złożył po upływie ustawowego terminu to jest 17 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody; z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania, ofert Odwołującego oraz Konsorcjum „Wadrox” S.A. i Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów S.A.

Ponadto rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Wynoszący 30 dni termin związania ofertą, od 30 maja 2008 r. na wniosek Zamawiającego z dnia 19 czerwca 2008 r. został przedłużony o 30 dni, a następnie uległ zawieszeniu wskutek złożenia protestu. Oferty nadal pozostają zabezpieczone wadium do 27 sierpnia 2008 r.

W postępowaniu złożono 4 oferty, z czego dwie zostały ostatecznie odrzucone.

Kryteria oceny ofert według rozdziału XXII SIWZ stanowiła cena z wagą 90 punktów i okres gwarancji punktów 10.

Cena oferty wybranej brutto wynosi 4 015 565,54 zł,

Cena oferty Odwołującego brutto 5 094 800,31 zł.

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia podana przez Zamawiającego w protokole wynosi 8 746 314,72 zł netto.

W rozdziale XII pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał złożenia kosztorysów ofertowych w formie skróconej, (odpowiedź na pytanie z 9 i 12 maja 2008 r.) lub pełnej według uznania oferenta, sporządzonych zgodnie z załącznikami Nr 7, 7a,7b i 7c, stanowiącymi opis przedmiotu zamówienia, przedmiar robót, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, dokumentację projektową budowlano – wykonawczą.

W rozdziale XIX SIWZ pkt 2 Zamawiający postanowił, że cena ofertowa podana w formularzu oferty musi wynikać z dołączonego kosztorysu ofertowego.

W cenie należy ująć także prace wskazane w opisie przedmiotu zamówienia.

W punkcie 7 załącznika Nr 1- formularzu oferty, wykonawcy oświadczyli, że przedmiot oferty jest zgodny z przedmiotem zamówienia. W załączniku Nr 7 wykonawcy zostali zobowiązani do ujęcia w cenie oferty dodatkowych kosztów nie objętych przedmiarem: planu bioz, projektu organizacji ruchu, obsługi geodezyjnej, nadzorów branżowych, wszelkich innych dodatkowych kosztów związanych z przedmiotem zamówienia i opłat administracyjnych. Zamawiający dopuszczał ich ujęcie w kosztach ogólnych, lub w odrębnych wydzielonych pozycjach kosztorysu (dodatkowych, dodanych do tego co jest zawarte w przedmiarach robót).

W § 6 ust. 1 wzoru umowy – wynagrodzenia- płatności, został jednoznacznie określony charakter ceny kosztorysowej.

W wyjaśnieniach z dnia 13 i 21 maja 2008 r. w odpowiedzi na zapytania wykonawców, Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w części I przedmiaru robót „ul. Szyb Walenty od km 1+037,00 wraz z infrastrukturą – oświetlenie uliczne poz. 22,” gdzie montaż regulatorów systemów oświetlenia typu NG-5 w szafach oświetlenia ulicznego Zamawiający zmienił na szafy z regulatorem SO-4 lub SO-6. W części III przedmiaru robót „ul. Szyb Walenty od km 1+037,00 wraz ze skrzyżowaniem typu rondo – nawierzchnie poz. 43 i 44 Zamawiający jednoznacznie wskazał zastosowanie lepszycza z asfaltu D 50 modyfikowanego (odpowiedź z 12,13,16 i 21 maja 2008 r.), a nie asfaltu zwykłego.

Z oferty wybranego Konsorcjum (str. 128), poz. 22 kosztorysu ofertowego wynika, że wykonawca nie uwzględnił modyfikacji i zaoferował montaż systemów oszczędności i kontroli energii oświetlenia NG-5 w szafach oświetlenia ulicznego. Nie wprowadził również adnotacji w kosztorysie, poz. 43 i 44 (str. 114) –opisu wykonania nawierzchni z asfaltu D 50 modyfikowanego. Nieprawidłowo podał w części I kosztorysu poz. 2.7 (str. 121) ilość jednostek przedmiarowych na zabezpieczenie antykorozyjne studni rewizyjnych, zamiast – 41,66 (minus 41,66) podał +41,66 (plus 41,66).

Skład orzekający Izby stwierdził, że w kosztorysie ofertowym Odwołującego, w pozycjach, które Zamawiający zmodyfikował i wyjaśnił, zostało to odpowiednio oznaczone przez dopisek

„lepiszcze z asfaltu D 50 modyfikowane zgodnie z pismem z dnia 27.05.08” oraz przez dopisek „ elektroniczny regulator 3-fazowy SO-4 i SO-6 zgodnie z pismem 21.05.2008 r.”

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej oceniając wyżej opisany materiał dowodowy uznał, że Zamawiający określił w tym postępowaniu cenę kosztorysową, a więc ustalaną dokładnie według wskazówek zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i we wzorze umowy.

Niewątpliwe odstępstwa w kwestionowanych pozycjach kosztorysu ofertowego wybranego Konsorcjum, odnoszące się do przedmiotowo istotnych elementów wykonania robót, tak w zakresie ilości jednostek przedmiarowych, jak i zastosowanych materiałów przesądzają o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Użycie modyfikatora do mieszanki asfaltowej zostało przewidziane w SST D.05.03.05. Opis ten nie był jednak jednoznaczny i oczywisty, stąd duża ilość zapytań i odpowiedzi dotyczących tej kwestii, które Konsorcjum winno uwzględnić, a nie znalazło to potwierdzenia w ofercie.

Zakres robót, sposób wykonania, rodzaj zastosowanych materiałów zostały podane ściśle w przedmiarze i w opisie szczegółowej specyfikacji technicznej, dokumentacji projektowej, stanowią istotne postanowienia umowy zawieranej na podstawie oferty w rozumieniu art. 66 § 1 k.c. Przepis art. 140 ust.1 Pzp stanowi, że zakres świadczenia wykonawcy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Skład orzekający Izby podzielił w pełni stanowisko Odwołującego, że dla przyjęcia zgodności oferty z wymaganiami specyfikacji nie jest wystarczająca deklaracja ogólna wykonawcy zawarta w formularzu ofertowym, a do oceny w oparciu o kryteria mogły być dopuszczone oferty nie podlegające odrzuceniu.

Bezskuteczne prawnie pozostaje oświadczenie wybranego Konsorcjum, po dacie złożenia oferty, że wykona przedmiot zamówienia z uwzględnieniem podanych modyfikacji, gdyż prowadzi to do zabronionej w art. 87 ust. 1 zmiany treści oferty, a w konsekwencji podana cena również nie odpowiada opisowi danych pozycji przedmiaru, przyjętych przy ich kalkulowaniu. Cena asfaltu modyfikowanego jest droższa niż asfaltu zwykłego ponieważ jego zastosowanie ma wpływ na walory użytkowe nawierzchni, trwałość, odporność itp.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia omawianej oferty i 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty podlegającej odrzuceniu.

Wystąpienie przez Zamawiającego pismem z dnia 25 czerwca 2008 r. o ewentualne potwierdzenie, czy w złożonej ofercie zostały uwzględnione wyjaśnienia z dnia 21 maja 2008 r. odnośnie zastosowania typu regulatora oświetlenia ulicznego, wobec jednoznacznego odmiennego brzmienia opisu danej pozycji w kosztorysie ofertowym i w zestawieniu materiałów, należy uznać za praktykę niedopuszczalną. Bez skutku pozostaje udzielona

odpowieź wybranego wykonawcy z dnia 27 czerwca 2008 r., że zamieszczony typ szafy poz. 20 (kwestionowana była poz. 22) kosztorysu należy traktować jako omyłkę pisarską. Wykonawca w drodze wyjaśnień nie może wprowadzać zmian w treści oferty, ani domagać się sprostowania oświadczeń zawartych w kosztorysie jako omyłek pisarskich, gdyż prowadziłoby to do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, po upływie terminu jej złożenia, czego zabrania art. 87 ust. 2 Pzp. Brak jest podstaw prawnych, aby przyjmować, jak chce Zamawiający, że wykonawca może w kosztorysie ofertowym podać większe ilości niż przewiduje przedmiar, bo tym samym spełnia wymagania minimalne.

Przy wynagrodzeniu kosztorysowym musi zachodzić pełna zgodność kosztorysu ofertowego tak w zakresie opisu wszystkich pozycji jak i tożsamej ilości jednostek przedmiarowych. W odmiennym bowiem przypadku, oferty wykonawców stają się nieporównywalne na etapie ich oceny. Podane ceny ofert nie obejmują w pełni tożsamego przedmiotu zamówienia. Nie mógł zostać uwzględniony argument Zamawiającego, że wynagrodzenie wypłacane jest na podstawie obmiaru powykonawczego z zastosowaniem kosztorysowych stawek jednostkowych. Tak jest w istocie, ale ma to miejsce na etapie wykonywania robót, po zakończeniu procedury przetargowej oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający w tym postępowaniu określił cenę oferty jako podsumowanie cen z kosztorysów branżowych robót, zatem dla równego traktowania wykonawców i zachowania zasad uczciwej konkurencji konieczne jest aby ocenie podlegały tożsame roboty. Porównaniu i ocenie podlegały ceny ogólne oferty, a nie ceny jednostkowe,

Zamawiający nie ustalił wynagrodzenia ryczałtowego, przy którym wykonawca jest zobowiązany wykonać całość robót określonych dokumentacją projektową, za podaną w umowie stałą cenę. W takim przypadku, kosztorys ofertowy może pełnić jedynie rolę pomocniczą np. do kontrolowania rozliczeń za etapy robót.

Skład orzekający Izby nie podziela stanowiska Zamawiającego, że skoro wybrany wykonawca w formularzu oferty oświadczył, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie ze specyfikacją to jest to deklaracja nadrzędna w stosunku do szczegółowego kosztorysu ofertowego.

Nie do zaakceptowania jest również wyjaśnienie Zamawiającego, że nie podał jak miały być uwzględnione w kosztorysach ofertowych dokonane przez niego modyfikacje i wyjaśnienia, zatem sposób ich wprowadzenia był dowolny, lub w ogóle nie musiało to znaleźć odzwierciedlenia w ofercie. Obowiązkiem Zamawiającego ustanowionym w art. 29 ust. 1 Pzp w związku z art. 31 ust. 1 Pzp jest opis przedmiotu zamówienia w sposób dokładny, wyczerpujący z podaniem wszystkich informacji, które umożliwią wykonawcy prawidłowe sporządzenie oferty i wyliczenie ceny. Opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane dokonuje się według art. 31 ust. 1 Pzp i rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej,

specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072) za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, przy poszanowaniu postanowień powołanego art. 29 ust. 1 Pzp. Nie powinna być pozostawiona dowolność metody sporządzenia kosztorysu uproszczonego, bądź szczegółowego, jak to zrobił Zamawiający, bo dokumenty od wykonawców powinny być wymagane jednolicie.

Obowiązkiem Zamawiającego było udostępnienie wykonawcom ujednoliconej wersji przedmiaru, z dokonanymi w nim modyfikacjami i uzupełnieniami wynikającymi z udzielonych wyjaśnień, czego Zamawiający nie uczynił.

Przyznane przez Zamawiającego okoliczności wadliwych i niepełnych dyspozycji przekazanych wykonawcom na temat przygotowania kosztorysów ofertowych, stanowią rażące naruszenie przepisów ustawy art. 29 ust. 1 i art. 31 ust. 1 Pzp, w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania, skoro w rezultacie zaniechań Zamawiającego oferta z najniższą ceną, o ponad 1 000 000 zł. niższą od pozostałej w postępowaniu oferty Odwołującego, kwalifikuje się do odrzucenia.

Wątpliwości budzi również prawidłowość oszacowania zamówienia, Zamawiający podał w protokole postępowania 8 546 314,72 zł. Ceny wszystkich złożonych ofert odbiegają od około 30 do 50 % od wartości szacunkowej.

W tym stanie rzeczy skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej unieważnił z urzędu przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 191 ust. 3 zdanie 2 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Za uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika Izba orzekła kwotę 3 600 zł w oparciu o § 4 ust. 1 pkt 2 lit b 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) na podstawie złożonego rachunku.

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) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*