

Sygn. akt KIO/UZP 459/10

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Zaskórski i Wspólnicy Sp. z o.o., ul. Opoczyńska 38, 26-434 Gielniów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Lubochnia, ul. Tomaszewska 9, 97-217 Lubochnia** protestu z dnia 9 marca 2010 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Zaskórski i Wspólnicy Sp. z o.o., ul. Opoczyńska 38, 26-434 Gielniów 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 uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Zaskórski i Wspólnicy Sp. z o.o., ul. Opoczyńska 38, 26-434 Gielniów,**

- 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 **Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Zaskórski i Wspólnicy Sp. z o.o., ul. Opoczyńska 38, 26-434 Gielniów.**

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

Zamawiający Gmina Lubochnia prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych zwanej dalej pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na **Przebudowę drogi gminnej nr 116251E Lubochnia – Małecz w Gminie Lubochnia - II etap W ramach Programu Wieloletniego pod nazwą „Narodowy Program Przebudowy Dróg Lokalnych 2008-2 011**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20-01-2010 pod numerem 12981-2010

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie:

- poszerzenia istniejącej nawierzchni bitumicznej do szerokości 5,0mb,
- wykonanie podbudowy z tłuczni na poszerzeniach ,
- wyrównanie istniejącej nawierzchni i klinowanie podbudowy ,
- wykonanie warstwy ścieralnej nawierzchni z betonu asfaltowego o grub. 5cm,
- budowa chodnika z kostki betonowej o grub. 6 cm,
- wykonanie przepustów pod drogą i pod zjazdami na działki,
- wykonanie oznakowania pionowego i poziomego.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane o wartości poniżej progów unijnych, wg. Informacji zamawiającego wartość kosztorysowa robót wynosiła 2 813 683,16 zł co stanowi równowartość 732 929,85 euro.

Termin upływu składania ofert upływał w dniu 15 lutego 2010 roku o godzinie 10,00. W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone trzy oferty.

Zamawiający w dniu 2 marca 2010 roku dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty tj. złożonej przez Konsorcjum Przedsiębiorstwo Drogowe Lambdar Sp, z o.o. 93-231 Łódź, ul. Dostawcza 6 - **Lider Konsorcjum**, wraz z POLDIM SA z siedzibą: 33-100 Tarnów, ul. Jana

Kochanowskiego 37a - **Partner Konsorcjum**; O fakcie wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający przy pomocy faksu również w dniu 02.03.2010 powiadomił wykonawców.

W rozstrzygnięciu zamawiający wskazał iż odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt.2 pzp ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) ,gdyż przedmiotowa oferta nie zawierała w szczególności harmonogramu rzeczowo- finansowego, a także polisy ubezpieczeniowej , tabeli norm scalonych, oraz wykazu części zamówienia których wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom.

Zamawiający stwierdził , że harmonogram rzeczowo- finansowy nie jest dokumentem o którego uzupełnienie, zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30.12.2010 roku w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane(Dz.U. z 2009 nr 226 poz.18170) zamawiający może wystąpić do wykonawcy. Dlatego też w związku z tym zamawiający nie miał podstaw prawnych do wystąpienia na podstawie art.26 ust.3 pzp o uzupełnienie brakującego dokumentu.

Pismem z dnia 09.03.2010 roku zamawiający Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Zaskórski i Wspólnicy sp. Z o.o. ul. Opoczyńska 38 26-434 Goleniów zwany dalej „odwołującym” wniósł do zamawiającego protest na następujące czynności podjęte przez zamawiającego

- 1) Dokonaniu wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum Przedsiębiorstwo Drogowe Lambdar Sp, z o.o. 93-231 Łódź, ul. Dostawcza 6 - Lider Konsorcjum, wraz z POLDIM SA z siedzibą: 33-100 Tarnów, ul. Jana Kochanowskiego 37a - Partner Konsorcjum;
- 2) Odrzuceniu oferty Protestującego, pomimo złożenia oferty z najniższą ceną
- 3) Zaniechaniu wyjaśnienia treści oferty Protestującego,
- 4) Zaniechaniu wezwania Protestującego do uzupełnienia dokumentów
- 5) Zaniechaniu poprawienia treści oferty Protestującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,

Oprotestowanym czynnościom zarzucił :

1/Naruszenie 7 ust. 1 i 3 oraz 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawny wybór oferty Konsorcjum skoro oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle przyjętego kryterium oceny ofert;

2/Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez uznanie, że oferta Protestującego pozostaje w sprzeczności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ),

pomimo że wszczęcie procedury art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy, doprowadziłoby do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości Zamawiającego,,

3/Naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy poprzez zaniechanie uzupełnienia dokumentu jaki miał dostarczyć wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w celu potwierdzenia określonych wymagań w stosunku do przedmiotu zamówienia, który **Zamawiający wymagał** w rozdz. VI pkt 1 13) SIWZ, tzn. Harmonogram rzeczowo-finansowy budowy (potwierdzający spełnianie wymagań w stosunku do przedmiotu zamówienia).

4/Naruszenie art, 7 ust, 1 p.z.p. poprzez prowadzenie i dokonywanie czynności w toku postępowania, w tym czynności badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w warunkach nierównego traktowania wykonawców.

I w związku z tym wniósł o:

- 1) Unieważnienie czynności- wyboru oferty Konsorcjum oraz czynności odrzucenia oferty Protestującego
- 2) Wszczęcie procedury wyjaśniania treści oferty oraz procedury poprawiania innej omyłki jaka wystąpiła w ofercie Protestującego,
- 3) zobowiązanie Protestującego do wyjaśnienia dokumentów i oświadczeń o których mowa w art. 25 ust. 1 oraz uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, a których Protestujący nie złożył na potwierdzenie potwierdzające spełnianie wymagań w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 4) dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty Protestującego

Ponadto podniósł, że wyniku wskazanych działań i zaniechań Zamawiającego interes prawny Protestującego doznał uszczerbku, gdyż protestujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę najkorzystniejszą.

Do postępowania protestacyjnego po stronie zamawiającego przystąpili obaj pozostali wykonawcy wnosząc o odrzucenie protestu.

Zamawiający rozstrzygnięciem z dnia 15 marca 2010 roku protest odwołującego się oddalił, swoją decyzję uzasadnił tym, że: zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III-2)warunki udziału oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozdz. V ust 1 lit a-d) określił warunki udziału w postępowaniu. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu prowadzona jest na zasadzie **spełnia/nie spełnia**, na podstawie oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawców. Nie spełnianie warunków udziału w postępowaniu skutkuje wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem oferty, z zastrzeżeniem art. 26 ust 3 ustawy pzp. Harmonogram rzeczowo-finansowy budowy nie

stanowi dokumentu, który by potwierdzał spełnianie któregośkolwiek z warunków udziału w postępowaniu postawionych w ogłoszeniu i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokument pn „harmonogram rzeczowo-finansowy” znajduje się w części specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazującej dodatkowe dokumenty jakie należy dołączyć do oferty, obok dokumentów typu kosztorys ofertowy oraz informacje o okresie gwarancji na przedmiotowe roboty.

Niepodważalnym w sprawie jest fakt żądania przez Zamawiającego przedłożenia w ofercie, harmonogramu rzeczowo-finansowego oraz fakt, iż ów harmonogram odnosi się w swojej treści do sposobu i terminu wykonania zamówienia - w tym znaczeniu stanowi on część oferty Wykonawcy. Ponadto podniósł iż gdyby w złożonej ofercie Protestującego występowały jedynie uchybienia, polegające na braku tabeli elementów scalonych, polisy ubezpieczeniowej oraz wykazu części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, Zamawiający wówczas wystąpiłby o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 ustawy. Ponieważ jednak wystąpił w ofercie brak harmonogramu rzeczowo-finansowego, który jest dla Zamawiającego bardzo istotnym elementem oferty, to Zamawiający nie mógł skorzystać z możliwości wystąpienia o wyjaśnienia tego braku, gdyż i tak nie zmieniłoby to wyniku badania oferty, gdyż oferta podlegałaby odrzuceniu.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący złożył w dniu 19 marca 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie ,przesyłając jego treść w tym samym dniu za pomocą faksu zamawiającemu. Zakres podniesionych zarzutów w odwołaniu pokrywa się z zarzutami podniesionym w proteście, również użyta argumentacja jest niemalże tożsama uzasadnieniem protestu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym postanowień siwz oraz wyjaśnień i oświadczeń stron postępowania,

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

ustalono iż Odwołujący – stosownie do art.179 ust.1 pzp posiada interes prawny w złożeniu protestu i odwołania, ponieważ jego oferta w przypadku uznania podnoszonych przez niego zarzutów winna zostać uznana za najkorzystniejszą cenowo i tym samym byłby on wybranym wykonawcą do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zamawiający w siwz w rozdziale VI zamieścił wykaz dokumentów które zamawiający muszą przedłożyć do oferty , dokumentem takim który nie ma potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu jest harmonogram rzeczowo- finansowy. Jak twierdzi zamawiający dokument ten jest niezbędny do „sprawowania kontroli prawidłowości i

terminowości realizacji inwestycji. Natomiast Odwołujący podniósł przede wszystkim fakt, że „harmonogram rzeczowo -finansowy w niniejszym postępowaniu, ze względu na dowolność jego sporządzenia należy traktować jako dokument techniczny, bardziej pomocniczy a nie merytoryczny”, a więc nie przedstawiający w rzeczywistości wartości dla realizacji niniejszego zamówienia. Prawdziwe jest, zgodnie z ustaleniem Izby twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający nie wskazał oprócz daty początkowej i końcowej realizacji zamówienia żadnych elementów jakie powinien zawierać harmonogram rzeczowo- finansowy. Jednakże ten fakt nie przesądza o całkowicie dowolnym układzie merytoryczno –formalnym danego dokumentu. W sytuacji kiedy siwz nie zawiera wymogów co do zawartości danego dokumentu, należy w takiej sytuacji posłkować się znaczeniem potocznym i encyklopedycznym danego określenia. Zgodnie z Wikipedią wyraz „harmonogram” oznacza - „*Harmonogram to rozkład, rozplanowanie przebiegu czynności w czasie. Harmonogram pomaga uświadomić zakres czynności oraz zależności między nimi, ułatwia też nadzorowanie i wczesne wykrywanie zagrożeń realizacji.*”. W tej sytuacji twierdzenia Odwołującego iż harmonogram rzeczowo- finansowy byłby niczym innym jak przepisaniem kosztorysu, nie znajduje zdaniem Izby, uzasadnienia, gdyż winien on przede wszystkim umiejscawiać w czasie, realizację poszczególnych pozycji kosztorysu.

Zdaniem Izby harmonogram rzeczowo- finansowy którego żądał Zamawiający jest istotnym merytorycznym elementem oferty, harmonogram nie jest dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jest natomiast dokumentem z którego ma wynikać zobowiązanie się Wykonawcy do zrealizowania zamówienia w określonym przez Zamawiającego terminie. W tym przypadku Zamawiający określił, że zamówienie ma być zrealizowane w okresie od 1 kwietnia do 31 sierpnia 2010 roku.

Jak wykazał Zamawiający na rozprawie, harmonogram ponadto ma służyć kontroli prawidłowości i terminowości realizacji zadania, a nadto może być podstawą do odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z Wykonawcą, jeżeli ten będzie ją realizował niezgodnie z warunkami umowy i terminach tam określonych.

Ponadto Izba stwierdza, że harmonogram jest oświadczeniem woli wykonawcy, dołączanie takich dokumentów po terminie składania ofert jest niedopuszczalne, gdyż szczególnie w sytuacji kiedy po otwarciu ofert wykonawca zna pozycję rankingową swojej oferty wśród innych ofert, mógłby składać inne korzystniejsze dla niego oświadczenia niż by to miało miejsce w sytuacji, sprzed otwarcia ofert.

Konsekwencją dokonania przez Izbę w toku postępowania dowodowego ustalenia, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, jest uznanie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy za chybiony. Wskazany przepis stanowi, że Zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia

oświadczeń lub dokumentów chyba, że zaistnieje jedna z dwóch przesłanek: oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub postępowanie podlega unieważnieniu. Zatem Zamawiający nie był zobowiązany do wystosowania wezwania do Odwołującego do uzupełnienia innych dokumentów. Okoliczność, że Odwołujący byłby w stanie skutecznie uzupełnić dokumenty potwierdzające spełnianie przez niego dalszych warunków udziału w postępowaniu nie ma wpływu na prawidłowość postępowania Zamawiającego, gdyż oferta Odwołującego w ustalonym stanie prawnym nie może być poddana ocenie merytorycznej.

Przy wartości zamówienia poniżej progów unijnych podstawą do rozpatrywania przez Krajową Izbę Odwoławczą, odwołania jest czynność odrzucenie oferty /art. 184 ust.1a pkt4/pzp. W tej sprawie nastąpiło ono z powodu niezłączenia do oferty harmonogramu rzeczowo- finansowego.

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji, oddalając odwołanie na podstawie art. 191 ust.1 pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7.pzp.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....