

WYROK

z dnia 1 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pavimental Societa Per Azioni, Via Guiseppe Donati 174, 00159 Rzym, Włochy i Pavimental Polska Sp. z o.o. ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Starostwo Powiatowe Miechów działające poprzez Zarząd Dróg Powiatowych w Miechowie ul. Warszawska 11, 32-200 Miechów

protestu z dnia 2 marca 2010 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno Drogowych Sp. z o.o. ul. Raclawicka 41b, 32-200 Miechów** zgłaszającej przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Starostwo Powiatowe Miechów działające poprzez Zarząd Dróg Powiatowych w Miechowie ul. Warszawska 11, 32-200 Miechów i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pavimental Societa Per Azioni, Via Guiseppe Donati 174, 00159 Rzym, Włochy i Pavimental Polska Sp. z o.o. ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **2 622 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące sześćset dwadzieścia dwa złote zero groszy) przez **Starostwo Powiatowe Miechów działające poprzez Zarząd Dróg Powiatowych w Miechowie ul. Warszawska 11, 32-200 Miechów** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pavimental Societa Per Azioni, Via Guiseppe Donati 174, 00159 Rzym, Włochy i Pavimental Polska Sp. z o.o. ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **7 778 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pavimental Societa Per Azioni, Via Guiseppe Donati 174, 00159 Rzym, Włochy i Pavimental Polska Sp. z o.o. ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa.**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę drogi powiatowej 1180K Kozłów – Kępie – Charsznica, na dł. 8,284 km, odcinek od km 5+987 do km 14+271 w ramach Narodowego Programu Przebudowy Dróg Lokalnych w 2010 r.” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 28 stycznia 2010 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 25276. Wartość zamówienia wynosi 3.174.074,74 zł, tj. 826.797,28 euro, jest więc mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

23 lutego 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta złożona przez SPRD Trakt Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż w załączniku 3a kosztorys ofertowy, w pozycji 2.14. Odwołujący błędnie zmienił jednostkę miary i ilość. Z podobnego powodu została odrzucona także oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia POLDIM Jakubowice Sp. z o.o. i Adama Dudzińskiego – Usługi Remontowo – Budowlane Dudziński Adam.

W związku z powyższym 2 marca 2010 r. Odwołujący wniósł protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego jego oferta została bezpodstawnie odrzucona, gdyż Odwołujący dokonując zmiany pozycji 2.14. kosztorysu ofertowego (załącznik nr 3a) uwzględnił zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprowadzoną przez Zamawiającego pismem z 5 lutego 2010 r., w której Zamawiający zmienił ilość i jednostkę rur z 4 mb na 8 sztuk. Zatem Zamawiający nie tylko bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, ale też zaniechał odrzucenia ofert złożonych przez pozostałych wykonawców, które

nie uwzględniały przedmiotowej zmiany treści specyfikacji, a zatem były z nią niezgodne.

10 marca 2010 r. Zamawiający protest oddalił stwierdzając, że odpowiadając na zapytanie, jakie wpłynęło w sprawie poz. 2.14. przedmiaru robót wyjaśnił jedynie treść pozycji kosztorysowej nie zmieniając jej brzmienia. Oczywistym jest, że wydłużenie dwuotworowego przepustu o 4 metry (2 metry na wlocie i 2 metry na wylocie) wymaga uwzględnienia do wyceny 8 sztuk rur każda długości 1 metr.

W tym samym piśmie Zamawiający rozstrzygnął protest złożony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia POLDIM Jakubowice Sp. z o.o. i Adama Dudzińskiego „Usługi Remontowo – Budowlane”, którego oferta również została odrzucona w oparciu o te same okoliczności faktyczne – wykonawca ten dokonał bowiem zmiany ilości rur w przedmiarze robót, w pozycji 2.14.

15 marca 2010 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od tego rozstrzygnięcia zarzucając Zamawiającemu naruszenie zasad i warunków udzielenia zamówienia publicznego, w tym:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, która jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym dokonanymi przez Zamawiającego zmianami do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez ŚPRD „Trakt” Spółka z o.o.; PRDM Myszków Sp. z o.o.; wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P.H.U. CARDO Tomasz Hak i CARDO Sp. z o.o.; Mota – Engil Central Europe S.A; Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Drogowych Sp. z o.o., Eurovia Polska S.A., Przedsiębiorstwo Robót Drogowych w Olkusz Sp. z o.o., Strabag Sp. z o.o. jako niezgodnych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: dokonania ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem okoliczności podniesionych w niniejszym odwołaniu, dokonania unieważnienia decyzji polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, dokonania odrzucenia ofert wskazanych wykonawców jako niezgodnych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, stanowisko wyrażone przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu jest nieuzasadnione, sprzeczne i nielogiczne, z jednej strony bowiem przyznaje on, że do wyceny należy przyjąć 8 sztuk rur, ale oddała protest Odwołującego uznając, że odpowiedź na zapytanie, w której zmienił ilość i jednostkę rur nie stanowi podstawy do zmiany treści pozycji 2.14. kosztorysu ofertowego. Dodatkowo Zamawiający w tym samym piśmie uwzględnia protest innego wykonawcy w zakresie dotyczącym odrzucenia jego oferty, w której to ofercie wykonawca zmienił ilość rur w poz. 2.14. kosztorysu ofertowego z 4 na 8. Powyższe wskazuje na fakt, iż Zamawiający przeprowadził postępowanie z rażącym naruszeniem zasady równości wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Błędne jest też twierdzenie Zamawiającego, że treść wyjaśnienia nie dawała podstawy do zmiany brzmienia pozycji 2.14. przedmiaru robót, co potwierdziła większość wykonawców. Argument ten jest chybiony, gdyż dokonując oceny ofert, należy je weryfikować w odniesieniu do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym modyfikacji, a nie ofert złożonych przez pozostałych wykonawców. W opinii Odwołującego, oferty które nie uwzględniały zmiany treści pozycji 2.14. należało odrzucić jako niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czego Zamawiający bezzasadnie zaniechał.

Odwołujący nie dokonał samowolnie zmiany pozycji 2.14. kosztorysu ofertowego, gdyż była ona spowodowana wyłącznie udzieloną przez Zamawiającego 5 lutego 2010 r. odpowiedzią. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji zastosowania się do literalnego brzmienia odpowiedzi Zamawiającego, w tym do zmiany ilości i jednostki miary w pozycji 2.14 kosztorysu ofertowego, dokonanej przez niego w celu dostosowania treści tej pozycji kosztorysu do wymogów określonych przez

Zamawiającego w odpowiedzi z 5 lutego 2010 r., dokonana przez Zamawiającego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma charakter wiążący i czyni pierwotny zapis przedmiaru nieobowiązującym. W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu, jego rozstrzygnięcia, odwołania, przystąpień, a także na podstawie oświadczeń Stron i Przystępującego złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Poz. 2.14. zał. 3a przedmiarów dla części „roboty rozbiórkowe i przygotowawcze” Zamawiający opisał następująco: pozycja SST: D-03.01.01., opis robót: części przelotowe prefabrykowanych przepustów drogowych rurowych, rury fi 100 cm: - wydłużenie przepustu 2 x fi 100cm, na wlocie i wylocie km 7+370, ilość 4 m.

W drugiej części przedmiarów zawartej w zał. 10 zawierającym podstawę nakładu Zamawiający wskazał jako KNNR 233/601/3 (1).

W odpowiedzi z 5 lutego 2010 r. poinformował, że w załączniku 3a poz. 2.14 przedmiaru (części przelotowe prefabrykowanych przepustów drogowych rurowych, rury fi 100 cm: - wydłużenie przepustu 2 x fi 100cm, na wlocie i wylocie km 7+370) przewiduje wykonanie wydłużenia obu przelotów przepustu dwuotworowego 2xfi100 cm na wlocie i wylocie po 2 mb, czyli do wbudowania należy przyjąć 8 szt. rur.

Większość wykonawców nie zmieniła w swoich kosztorysach opisu tej pozycji, natomiast Odwołujący w ilości wskazał „8 szt. rur”.

Zdaniem Zamawiającego nie oddaje to pełnego zakresu prac wymaganego kosztorysem. Natomiast Odwołujący stwierdził, że pozycja obejmuje pełen zakres wskazany przez Zamawiającego.

Z powyższego stanu faktycznego wynika, że przedmiotem sporu nie jest sama ilość rur zaoferowanych i koniecznych do zastosowania, lecz zastosowany opis pozycji kosztorysu. Bezsprene jest to 8 metrów rur, czyli 8 sztuk rur

jednometrowych, których wymagał Zamawiający, a jako że dwie rury mają biec obok siebie, będą one ułożone na długości 4 metrów (wydłużenie wyniesie 4 metry). Tym samym wszyscy wykonawcy zaoferowali Zamawiającemu taką ilość / długość rur, jakiej wymagał.

Rzeczywiście, udzielona przez Zamawiającego odpowiedź mogła, i spowodowała, taką interpretację wykonawców, zgodnie z którą należy zmienić jednostkę miary z 4 metrów na 8 sztuk rur. Jednak ze względu na to, że jest to w rzeczywistości ta sama ilość, nie ma to znaczenia dla wykonania przyszłej umowy.

Co zaś do stwierdzenia, czy pozycja ta obejmuje tylko rury, czy też cały wymagany przez Zamawiającego zakres, należy się odnieść do pełnego brzmienia opisu tej pozycji zawartej w kosztorysie i przedmiarze (zarówno w jego części zawartej w załączniku 3a, jak i załączniku nr 10), gdyż to one są podstawą oceny, jaki jest przedmiot zamówienia, oferty i przyszłej umowy. Zatem, skoro Odwołujący miał wycenić pozycję zgodnie z przedmiarami, to należy uznać, iż tak ją wycenił. Ewentualne wątpliwości, które Zamawiający mógłby podjąć w tym zakresie, może on wyjaśnić wykorzystując instytucję opisaną w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli wyjaśnienia treści oferty, w ramach których wykonawca mógłby złożyć stosowne oświadczenie co do zakresu prac zaoferowanych i wycenionych w tej pozycji kosztorysu, jak też długości samych rur, co rozwiewałoby wszelkie wątpliwości co do treści jego oferty.

W zaistniałej sytuacji jest to najlepsze działanie, jakie Zamawiający może podjąć, jednak alternatywnie, jeśli Zamawiający uważa, że jego interesy należycie zabezpieczy tylko zastosowanie dokładnego opisu zawartego w przedmiarach, może on dokonać korekty tej pozycji w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – zdaniem Izby nie zmieni ona w sposób istotny treści oferty, a sam sporny zapis jest wynikiem omyłki wykonawcy w rozumieniu wyjaśnień Zamawiającego, a nie chęci złożenia oferty niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Pozostałe zarzuty nie były rozpatrywane przez Izbę, ze względu na to, że podlegają odrzuceniu, jak stanowi art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Prawo

zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, a taką wartość ma niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, odwołanie odrzuca się, jeśli dotyczy ono innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 184 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym dla niniejszego postępowania stanowi bowiem, że od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie, z zastrzeżeniem ust. 1a.

Z kolei ust. 1a wskazuje, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, 4) odrzucenia oferty.

Przy czym, jak wynika z uzasadnienia wprowadzenia tego przepisu, wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzucenie oferty dotyczy tylko sytuacji odwołującego się, a nie innych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Wszelkie wątpliwości co do interpretacji tego przepisu zostały rozwiane poprzez poprawione nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzoną ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – *Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) brzmienie tego przepisu, w której odpowiednik dotychczasowego art. 184 ust. 1 a został oznaczony jako art. 180 ust. 2 i ma następującą treść: „jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego.

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 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.) uwzględniając fakt, że niniejsze odwołanie zostało skierowane do łącznego rozpoznania z odwołaniem KIO/UZP 425/10.

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 Krakowie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....