

Sygn. akt: KIO/UZP 1030/09

WYROK
z dnia 20 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Anna Packo

Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o., ul. Siemianowicka 52d, 40-301 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie, ul. Krakowska 9, 43-600 Jaworzno**, protestu z dnia 3 lipca 2009 r.

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie, ul. Krakowska 9, 43-600 Jaworzno i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o., ul. Siemianowicka 52d, 40-301 Katowice;**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 8 174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie, ul. Krakowska 9, 43-600 Jaworzno na rzecz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg**

DROGOPOL-ZW Sp. z o.o., ul. Siemianowicka 52d, 40-301 Katowice, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zwrotu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczzonego przez Odwołującego oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o., ul. Siemianowicka 52d, 40-301 Katowice.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Przebudowę drogi gminnej ulicy Tetmajera w Jaworznie na odcinku długości 387,27 m w zakresie nawierzchni jezdni, chodnika z wjazdami do posesji i odwodnieniem wraz z przebudową kolidującego uzbrojenia podziemnego”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach, zwane dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 20 maja 2009 r. (nr ogłoszenia: 157082). Postępowanie to prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą Pzp*”, Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie, zwany dalej „*Zamawiającym*”.

W postępowaniu tym w dniu 29 czerwca 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej (oferta Miejskie Zakładów Drogowych Sp. z o.o. w Jaworznie) oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu był błędnie – w ocenie Zamawiającego sporządzony kosztorys ofertowy, tj. nieuwzględniający modyfikacji i wyjaśnień SIWZ dokonanych przez Zamawiającego oraz konieczności sporządzenia kosztorysu zgodnie z przedmiarami szczegółowymi. Błędy te dotyczyły następujących kosztorysów:

- 1) poz. 11 na str. 51 kosztorysu dotyczącego branży elektroenergetycznej nie uwzględniono ułożenia rur osłonowych SRS 110 Arot,
- 2) poz. 3, 4, 7, 9, 10, 11, 13, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22 23, 24, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 49, 51, 52, 54, 57, 59, 60, 65, 68, 71, 72, 73, 74, 75, 82,

- 85, 91 kosztorysu dotyczącego branży drogowej nie sporządzono zgodnie z przedmiarami szczegółowymi (załącznik nr 1 do SIWZ),
- 3) poz. 1, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 18, 19 kosztorysu ofertowego dotyczącego branży elektroenergetycznej nie sporządzono zgodnie z przedmiarami szczegółowymi (załącznik nr 1 do SIWZ),
 - 4) poz. 1, 3, 5, 6, 7, 8, 13, 14 kosztorysu ofertowego dotyczącego branży gazowej nie sporządzono zgodnie z przedmiarami szczegółowymi (załącznik nr 1 do SIWZ),
 - 5) poz. 2.991 kosztorysu ofertowego dotyczącego branży teletechnicznej nie sporządzono zgodnie z przedmiarami szczegółowymi (załącznik nr 1 do SIWZ).

Odwołujący uwzględniając to stanowisko Zamawiającego w piśmie z dnia 3 lipca 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) złożył protest , w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, 24 ust. 1 pkt 10, ust. 2 pkt 3, 87, 89 ust. 1 pkt 2, 92 ustawy Pzp, wnosząc jednocześnie o:

- 1) powtórzenie czynności badania ofert w następstwie której nastąpi przywrócenie oferty Odwołującego do postępowania,
- 2) powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert), tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do wszystkich ważnych ofert,
- 3) równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu złożonego protestu Odwołujący podniósł, że spełnia on wszystkie warunki udziału w postępowaniu i jego oferta nie podlega odrzuceniu. Oferta zawiera wszystkie wymagane w tym postępowaniu załączniki, w szczególności co do opisu przedmiotu zamówienia. Podkreślił że wszystkie ujęte w kosztorysie ofertowym dane zawierają zgodne jednostki i opisy poszczególnych pozycji względem dokumentacji projektowej Zamawiającego. W jego ocenie cały zakres wymaganych robót został przez niego wskazany i poprawnie wyceniony, zgodnie z wymogami SIWZ. Podkreślił, że jego oferta została wyliczona zgodnie ze sposobem obliczenia ceny oferty wskazanym przez Zamawiającego w rozdziale XV SIWZ, a nadto przywołał zapisy klauzuli 9 pkt 2 umowy (załącznik nr 10 do SIWZ), które – jego zdaniem – jednoznacznie wskazują na wynagrodzenie ryczałtowe za dane dzieło robót budowlanych.

Podkreślił również, że jeśli Zamawiający miał w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości mógł być skorzystać z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i poprawić jego ofertę w trybie oczywistej omyłki pisarskiej, a nie ją odrzucać. Jego zdaniem w niniejszej sprawie mamy do czynienia

wyłącznie z alternatywnym sposobem opisu pozycji przedmiarowej, co nie ma wpływu na ważność oferty. Wskazał też na podstawy art. 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp i możliwość poprawienia ewentualnych omyłek w ofercie. W tym zakresie przywołał szereg orzeczeń KIO na poparcie swoich twierdzeń.

Odwołujący w proteście podniósł również, że w stosunku do oferty uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie był tak rygorystyczny i nie zweryfikował jej pod kątem spełniania warunku dostępu do mieszanki mineralno – asfaltowej, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Zamawiający pismem z dnia 14 lipca 2009 r. (doręczenie Odwołującemu w tej samej dacie) rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko o konieczności odrzucenia oferty Odwołującego. Przywołał zapisy SIWZ (część VII pkt 2) oraz odpowiedzi na zapytane do SIWZ (pismo MZDiM z dnia 5 czerwca 2009 r.), wskazując, że kosztorysy ofertowe dla wszystkich branż w niniejszym postępowaniu należało opracować zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ (przedmiary robót) oraz przywołanymi postanowieniami SIWZ. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie uwzględnił w kwestionowanych przez niego opisach pozycji wymaganych opisów szczegółowych. Popełnione w tym zakresie błędy przez Odwołującego świadczą o niezgodności jego oferty z SIWZ. Podkreślił, że w postanowieniach SIWZ wymagał sporządzenia kosztorysu ofertowego metodą szczegółową z powołaniem cen poszczególnych pozycji w rozbiu m.in. na ceny czynników produkcji, tj. robocizny, ceny materiałów, pracy sprzętu.

Zamawiający podniósł, że popełnione błędy w żaden sposób nie mogą być uznane za omyłkę pisarską, powołując w tym zakresie orzecznictwo sądowe oraz KIO. Stwierdził, że brak było podstaw do skorzystania w tym przypadku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który zakazuje Zamawiającemu prowadzenia negocjacji z wykonawcą, co do złożonej treści oferty.

W ocenie Zamawiającego w tym przypadku nie znajduje również zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ponieważ ewentualne poprawienie kosztorysu ofertowego Odwołującego – uzupełnienie oferty o kilkadziesiąt szczegółowych opisów pozycji kosztorysowych - doprowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty, co w świetle wskazanego przepisu jest niedopuszczalne.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w dniu 20 lipca 2009 r. (data złożenia przesyłki w urzędzie pocztowym operatora publicznego) złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jego kopię Zamawiającemu w tym samym dniu.

W treści odwołania Odwołujący podtrzymał zarzuty, żądania oraz argumentację z protestu, wnosząc dodatkowo o cofnięcie wadliwego wyniku postępowania.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, tj. dokumentacji z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu i odwołaniu oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ustalono również, że Odwołujący, podnosząc zarzut podjęcia przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp czynności, polegającej na odrzuceniu jego oferty, która była ofertą najtańszą przy jedynym - cenowym - kryterium oceny ofert, w dostateczny sposób wykazał uszczerbek w swoim interesie prawnym, związany z bezprawnym pozbawieniem go przez Zamawiającego szans na uzyskanie niniejszego zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby ustalił, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawę podjętego rozstrzygnięcia Izby stanowi dokumentacja z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożona do akt sprawy oraz w toku rozprawy, tj. przede wszystkim: postanowienia SIWZ, w tym również przedmiary oraz wyjaśnienia treści SIWZ, w szczególności pisma z dnia 3 i 5 czerwca 2009 r., jak również treść oferty Odwołującego oraz stanowiska stron postępowania przedstawione w pismach złożonych w toku postępowania toczącego się z użyciem środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu z rozprawy.

Uwzględniając wskazane powyżej dowody w sprawie skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający w sposób nieuprawniony odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego, wskazując na jej rzekomą niezgodność z treścią SIWZ.

Co do niezgodności dotyczącej poz. 11 na str. 51 kosztorysu dotyczącego branży elektroenergetycznej, w której zdaniem Zamawiającego nie uwzględniono ułożenia rur osłonowych SRS 110 Arot, przyjętych przez Zamawiającego w wyniku modyfikacji SIWZ, które zastąpiły pierwotnie wymagane przez Zamawiającego w przedmiarze rury SRS 100

Arot, skład orzekający Izby uznał, że w tym zakresie nie można mówić o żadnej niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Ustalono, że na str. 51 oferty Odwołującego w kwestionowanej poz. 11 znajduje się następujący opis tej pozycji: „*Ułożenie rur osłonowych SRS 100 AROT, wykopie – przez analogię. Zgodnie z pismem MZDiM z dnia 3.06.2009 r.*” Cytowany opis – w ocenie Izby – jednoznacznie wskazuje na uwzględnienie przez Odwołującego modyfikacji SIWZ z dnia 3 czerwca 2009 r. dokonanej w tym zakresie przez Zamawiającego i zastosowania rur SRS 110 AROT. O powyższym świadczy odwołanie się wprost w opisie tej pozycji do treści wskazywanego pisma Zamawiającego. Brak wprost wpisania w tej pozycji wymaganych modyfikacji SIWZ rur, a jedynie odesłanie do pisma Zamawiającego może jedynie świadczyć o tym, że Odwołujący – w związku z tym, że Zamawiający technicznie nie zmodyfikowała przedmiaru robót (nie opracował nowego załącznika nr 1 do SIWZ – przedmiary dla robót elektroenergetycznych, czy dla wszystkich przedmiarów) – chciał dotrzymać czysto formalnej zgodności kosztorysu ofertowego z treścią przedmiaru, którego nową treść uwzględniającą modyfikację nie została przez Zamawiającego opracowana.

Można co najwyżej wskazać, że Zamawiający mógł być ewentualnie podjąć próbę wyjaśnienia tej wątpliwości, jeżeli ją powziął – co w ocenie Izby nie wydaje się być konieczne - w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, żądając wyjaśnień od Odwołującego dotyczących treści oferty, a nie – jak to uczynił - odrzucać ofertę.

Co do wykazywanych przez Zamawiającego pozostałych pozycji wykazywanych przez niego jako sprzeczne z SIWZ, skład orzekający Izby nie stwierdził również niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Zamawiający w tym zakresie w rozstrzygnięciu protestu przywoływał zapisy rozdziału VII pkt 2 SIWZ oraz odpowiedzi na pytanie nr 21 do SIWZ z dnia 5 czerwca 2009 r., wskazując, że wymagał przedłożenia kosztorysów ofertowych w formie szczegółowej zgodnie z treścią przedmiarów, które przygotowane były w formie szczegółowej. W toku rozprawy Zamawiający zmienił swoje stanowisko wskazując, że Odwołujący złożył w ofercie kosztorys uproszczony, a taki był wymagany w SIWZ. Co prawda Zamawiający twierdził, że doprecyzował w rozdziale VII pkt 2 SIWZ, co w ramach tego kosztorysu winno być przez wykonawców ujęte (a więc uszczegółowił wymogi co do kosztorysu w wersji skróconej), a Odwołujący nie dopełnił tych wymogów. Zamawiający jednak nie był w stanie wykazać jakich elementów z wymaganego w SIWZ uszczegółowienia kosztorysu ofertowego („*ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach oraz ilości obmiarowe identyczne z przedmiarami robót, wysokości współczynników krotności w danej pozycji (...), pełną nazwę stosowanego*

materiału (...) oraz stawkę roboczogodziny z wysokością wskaźnika kosztów pośrednich i zysku oraz kosztów zakupu.”) brak jest w kosztorysie ofertowym Odwołującego. Skład orzekający Izby również nie stwierdził takich braków.

Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego z tego powodu – jak wyjaśnił na rozprawie Zamawiający – był *de facto* brak sposobu wyliczenia jednostek przedmiarowych, a nie brak samego wyniku tego obliczenia, czy ewentualny brak ilości jednostek obmiarowych. Wszystkie wymagane elementy kosztorysu są w ofercie Odwołującego, a kwestionowany sposób wyliczenia jednostek obmiarowych został określony przez Zamawiającego w przedmiarze i z jego treści wynika, stąd też brak przepisania określonego działania arytmetycznego w kosztorysie ofertowym, a wpisanie jedynie jego wyniku, który jest podstawą wyceny kosztorysowej, nie może świadczyć o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Podkreślić wyraźnie należy, że wymogi odnośnie konieczności określania (przepisania z przedmiaru) sposobu wyliczenia jednostek przedmiarowych Zamawiający w SIWZ nie określił, a nawet gdyby takowy był określony w SIWZ byłby to wymóg jedynie co do formy, a nie co do treści oferty i również w takiej sytuacji oferta Odwołującego nie mogłaby być z tego powodu odrzucona.

Zgodzić się należy w tym zakresie z Odwołującym, który wskazuje, że Zamawiający tak naprawdę kwestionuje sposób obliczenia ceny ofertowej, której to przesłanki do odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp) Zamawiający w informacji o odrzuceniu jego oferty nie wskazał. Niemniej nawet, oceniając ofertę Odwołującego we wskazanym zakresie pod tym kątem stwierdzić należy, że SIWZ nie zawiera oczekiwanych aktualnie przez Zamawiającego wymogów co do technicznego sposobu wskazania obliczenia poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, a tym samym również ceny ofertowej.

Twierdzenia Zamawiającego, że oczekiwał w kosztorysie ofertowym wskazanego uszczegółowienia, bowiem powyższe pozwala na bieżącą kontrolę wykonywania ilości robót, a także znacznie ułatwia rozliczenie powykonawcze tych robót, nie mogą również stanowić o podstawie do odrzucenia oferty Odwołującego. Po pierwsze Zamawiający – jak wskazano powyżej – takich wymogów w SIWZ nie określił, a po drugie, w ocenie składu orzekającego Izby – również na podstawie przedłożonej oferty Odwołującego i jej kosztorysu, który nie może być oceniany w oderwaniu od przedmiaru robót przygotowanego przez Zamawiającego, będzie możliwe tak rozliczenie robót, jak i bieżąca kontrola ich realizacji.

Skład orzekający Izby, odnosząc się do twierdzeń tak Odwołującego, jak i Zamawiającego co do możliwości poprawienia opisu wskazanych pozycji kosztorysu ofertowego w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, wskazuje, że w tym przypadku taka

konieczność nie wchodzi w rachubę bowiem o żadnych sprzecznościach z treścią SIWZ mówić nie można. Na marginesie odnosząc się jednak do stanowiska Zamawiającego o braku możliwości poprawienia omyłek w ofercie, w sytuacji gdy tych omyłek jest duża ilość albo z uwagi na technicznie niewielką ilość miejsca w określonych pozycjach kosztorysu, aby móc fizycznie wprowadzić tam poprawki, nie zasługuje na uwzględnienie. Przy poprawianiu omyłek pisarskich, rachunkowych, czy innych omyłek w ofertach, wskazujących na niezgodność z treścią SIWZ wskazane przez Zamawiającego okoliczności nie mogą być brane pod uwagę.

Podstawą konieczności lub jej braku skorzystania z dyspozycji art. 87 ust. 2 ustawy Pzp na pewno nie jest ilość omyłek tylko ocena, czy faktycznie są to omyłki o wskazanym charakterze (oczywiście pisarskie, czy rachunkowe oraz polegające na niezgodności z SIWZ), a dodatkowo przy ocenie tej ostatniej omyłki (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) ocena merytoryczna istotności dokonanej zmiany w treści oferty, a nie ocena ilościowa, czy techniczna.

Wobec ustalenia, że oferta Odwołującego nie jest sprzeczna z SIWZ w kwestionowanym zakresie - tak co do treści, formy, jak i sposobu obliczenia ceny, skład orzekający Izby nie odnosił się do kwestii podnoszonej przez Odwołującego o *de facto* ryczałtowej formie wynagrodzenia w niniejszym postępowaniu przyjętej przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a oraz ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 2 i ust. 4 pkt 2 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 ze zm.). Na podstawie przepisu § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b wskazanego rozporządzenia uwzględniono również uzasadnione koszty Odwołującego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Skład orzekający Izby, orzekając o kosztach w niniejszej sprawie dokonał ich rozliczenia biorąc pod uwagę kwotę wpisu faktycznie uiszczonego przez Odwołującego (tj. kwotę: 20 000 zł), a nie kwotę wpisu należną w tej sprawie (tj. 10 000 zł), uwzględniając wartość szacunkową przedmiotu zamówienia (1 939 474,49 zł netto, tj. 500 238,45 euro) oraz § 1 ust. 2 pkt 1 przywołanego powyżej rozporządzenia.

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 Katowicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....