

WYROK
z dnia 21 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2018 r. przez **Wykonawcę – Budimex Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Stawki 40 (01-040 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku** przy ul. Mostowej 11A (80-778 Gdańsk)

przy udziale

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie „**Polbud-Pomorze**” **Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Łącko 18 (88-170 Pakość), „**Energopol-Szczecin**” **Spółka Akcyjna**, ul. Św. Floriana 9/13 (70-646 Szczecin) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2 Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku na wykonanie robót budowlanych objętych zadaniem *Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 203 na odcinku od granicy województwa do m. Ustka* (nr sprawy: 30/DZP/2017/PN/WRI), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 listopada 2017 r., 2017/S 213-441802, wobec czynności zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm w składzie Polbud-Pomorze Sp. z o.o. i Energopol – Szczecin S.A., Wykonawca, którego ofertę Zamawiający wybrał Budimex S.A. wniósł w dniu 8 marca 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 446/18).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, iż złożona oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co prowadziło do naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum;
2. art. 7 ust.1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w ramach których oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia bowiem złożył ofertę uznaną za najkorzystniejszą. Mając na uwadze zasadę koncentracji środków ochrony prawnej i wynikający z niej obowiązek przedstawiania do kontroli Krajowej Izby Odwoławczej decyzji zamawiającego niezwłocznie po ich podjęciu, pod rygorem utraty możliwości ich zgłaszania, Odwołujący uznał, iż dokonana przez Zamawiającego ocena ofert powinna zostać zweryfikowana. Czynności i zaniechania Zamawiającego mogą w konsekwencji uniemożliwić Odwołującemu uzyskanie zamówienia. Oznacza to, że Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy może ponieść szkodę ze względu na niezgodność z prawem dokonanych czynności.

Konsekwencją zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum było jej sklasyfikowanie na drugiej pozycji, co było działaniem nieprawidłowym. Z uwagi na możliwość wniesienia odwołania przez Konsorcjum i jego pozytywnego rozpoznania lub inne okoliczności, może dojść do powtórnej oceny ofert, w wyniku której oferta Odwołującego może utracić pozycję najkorzystniejszą. Przy braku wniesienia niniejszego odwołania, Zamawiający w następstwie takiej powtórnej oceny ofert, mógłby w konsekwencji dokonać wyboru jako najkorzystniejszej oferty, której treść jest niezgodna z treścią siwz. Z uwagi na zasadę koncentracji środków

ochrony prawnej i wynikającego z niej sposobu ustalania terminu na wnoszenie środków ochrony prawnej dotyczących wadliwej oceny ofert, Odwołujący zostałby pozbawiony możliwości podważenia decyzji Zamawiającego w zakresie oceny pozostałych ofert, które powinny być odrzucone z postępowania. Zamawiający w ramach ponownej oceny ofert winien odrzucić ofertę Konsorcjum. W przeciwnym wypadku w obrocie pozostałaby oferta zawierająca tego rodzaju wadliwości, które nie mogą zostać sanowane.

Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej i braku odrzucenia oferty Konsorcjum drogą elektroniczną w dniu 26 lutego 2018 r.

W przedmiocie podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał na wysokość cen jednostkowych przyjętych w ofercie Konsorcjum w pozycjach 61-64 kosztorysu ofertowego – nawierzchnia z mieszanki mastykowo-grysowej (SMA), znacząco niedoszacowanych z czego wywodzi podstawę do wniosku o dokonaniu wyceny technologii odmiennej od bezwzględnie narzuconej przez Zamawiającego w SST. Zgodnie z siwz nie było możliwym zastosowanie destruktu (granulatu asfaltowego pochodzącego z rozbiórki istniejącej nawierzchni) do warstwy SMA, na co wskazywać mają informacje zawarte w opisie pozycji kosztorysowych. Dodanie destruktu do produkcji mieszanek mineralno-asfaltowych powoduje znaczne obniżenie kosztów wykonania takiej warstwy.

Ponieważ oświadczenie Wykonawcy identyfikujące oferowany sposób wykonania warstwy SMA stanowi treść oferty, Zamawiający zobowiązany był ją odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Konsekwencją ww. uchybień jest przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Nie jest możliwym konkurowanie z wykonawcami, którzy zaoferowali technologię niezgodną z siwz, wykazując się nierzetelnością w przygotowaniu oferty.

Do postępowania odwoławczego przystąpiło po stronie Zamawiającego Konsorcjum.

Na posiedzeniu prowadzonym z udziałem stron Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności związanych z oceną ofert. Oceny tej Izba zobowiązana była dokonać na dzień wniesienia odwołania, tj. z uwzględnieniem stanu istniejącego na dzień 08.03.2017 r. Niewątpliwym w sprawie był fakt dokonania w dniu 26.02.2018 r. czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i jednocześnie zakończenia czynności oceny pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. W postępowaniu złożone zostały cztery oferty, z których jedna została odrzucona przez Zamawiającego. Z zestawienia złożonych ofert wynika, iż decydującym dla wyboru oferty najkorzystniejszej było kryterium ceny, w którym to oferta Odwołującego uzyskała maksymalną ilość punktów. W pozostałych dwóch kryteriach (termin realizacji robót oraz okres gwarancji) żadna z ocenianych ofert nie otrzymała punktów. Zgodnie z pkt 3 siwz Zamawiający prowadzi postępowanie stosując procedurę określoną przepisem art. 24aa ustawy Pzp, tzw. „procedurę odwróconą”, w której najpierw dokonał oceny ofert, a następnie zbadał czy Odwołujący, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Oferty pozostałych dwóch Wykonawców były zatem przedmiotem oceny pod kątem zbadania istnienia lub braku podstaw do ich odrzucenia. Odwołujący naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia upatrywał zasadniczo w możliwości uchylecia korzystnego dla niego wyniku postępowania (w przypadku wniesienia odwołania na czynność wyboru jego oferty) i potrzebie przeciwdziałania wyborowi jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum sklasyfikowanej na drugiej pozycji. Istotnym elementem uzasadnienia Wykonawcy było odniesienie się do zasady koncentracji środków ochrony prawnej wskazującej na konieczność podniesienia zarzutów wobec oceny pozostałych ofert, co byłoby spóźnione przy kolejnych czynnościach w postępowaniu.

Odnosząc się do przedstawionych powyżej okoliczności sprawy Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 179 Ustawy uprawniających do stwierdzenia, że zaniechania jakich dopuścić się miał Zamawiający przy ocenie oferty Konsorcjum mogły naruszać interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz prowadziły (mogłyby prowadzić) do poniesienia przez niego szkody. Zasadniczo Odwołujący jako Wykonawca, którego ofertę Zamawiający wskazał jako najkorzystniejszą posiada w momencie wniesienia odwołania interes w uzyskaniu zamówienia, jednak czynności wobec których kieruje zarzuty nie mogły faktycznie wpłynąć na możliwość uzyskania zamówienia. Odwołujący konieczność wniesienia odwołania w zakresie związanym z oceną innych ofert uzasadniał wskazaniem na hipotetyczny rozwój sytuacji, której następstwem miałyby być powtórzenie czynności w postępowaniu i zmiana wyniku postępowania na jego niekorzyść, co jednocześnie miałyby

uniemożliwić skuteczne zakwestionowanie wyboru drugiej w kolejności oferty Konsorcjum. W ocenie Izby sytuacja faktyczna w postępowaniu, w którym to oferta Odwołującego jest wybrana jako najkorzystniejsza, w kontekście postawionego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, któremu przysługuje prawo do skorzystania z środków ochrony prawnej, nie wskazywała na istnienie związku pomiędzy czynnością oceny tej oferty a naruszeniem interesu w uzyskaniu zamówienia przez Odwołującego. Nawet przyjmując, iż inny wykonawca mógłby zaskarżyć czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, to nadal czynność związana z oceną innej oferty nie mogła wpłynąć na ocenę oferty Odwołującego. Wniesienie odwołania z ostrożności miało odwrotny skutek, niż przyjęty dla korzystania z prawa do wniesienia odwołania. Doprowadziło bowiem do wstrzymania czynności podpisania umowy z Odwołującym, a żądanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej również prowadziłyby do odsunięcia w czasie wyboru oferty Odwołującego i realizacji przez niego zamówienia. Ponadto, czego Odwołujący w ogóle nie wykazał, nie można dopatrzeć się związku pomiędzy czynnością oceny oferty Konsorcjum, a możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego. W ocenie Izby, ocena ofert pod kątem braku podstaw do ich odrzucenia dokonana w sposób błędny, jeżeli nie wpływa na wskazanie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, nie może prowadzić do powstania po stronie tego Wykonawcy szkody. Kwestia „koncentracji środków ochrony prawnej” nie może obecnie przesądzać o możliwości późniejszego podniesienia zarzutu wobec ofert niżej sklasyfikowanych, gdyż zmienione zasady oceny ofert, w których najpierw weryfikowaną jest oferta najwyższej oceniona prowadzą do tego, iż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie wymaga obecnie pełnej weryfikacji pozostałych ofert. Tym samym, dopiero wzruszenie wyniku postępowania zobowiązuje zamawiającego do przeprowadzenia dalszych czynności związanych z weryfikacją złożonych ofert, których wyniki stanowią mogą podstawę do wnoszenia odwołania.

W związku z powyższym Izba uznała, iż odwołanie nie mogło odnieść skutku. Dopełnieniem stanowiska Izby jest również bezzasadność podniesionych zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym ogłoszenia o zamówieniu, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), złożonych w postępowaniu ofert oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zasadniczym dla rozstrzygnięcia było ustalenie treści siwz oraz oferty Konsorcjum, której niezgodność z wymaganiami Zamawiającego stanowiła podstawę zarzutu zaniechania jej odrzucenia.

Odwołujący wywodził z analizy cen jednostkowych pozycji kosztorysowych 61-64 *Nawierzchnia z mieszanki mastyksowo – grysowej (SMA)*, niezgodność technologii

wykonania ze specyfikacją drogową o numerze D.05.03.13. Wniosek ten opierał na założeniu zaniżonej kalkulacji kosztów, która miała wskazywać na zastosowanie destruktu (granulatu asfaltowego pochodzącego z rozbiórki istniejącej nawierzchni), które nie zostało dopuszczone zapisami SST.

Na podstawie oferty Konsorcjum Izba ustaliła, iż opis spornych pozycji kosztorysowych wskazuje na zakres robót opisany specyfikacją drogową dla nawierzchni SMA, a pomiędzy ofertami wystąpiła różnica w kalkulacji kosztów kształtująca się na różnym poziomie w każdej z czterech pozycji. Sama wysokość cen ofert nie stanowiła podstawy do formułowania zarzutu rażąco niskiej ceny wobec żadnej z pozostałych w ocenie ofert. Oferta Odwołującego (najtańsza w kryterium ceny), tj. najtańsza we wskazanych pozycjach prezentowała najwyższe ceny jednostkowe przyjęte na poziomie od 84,73 zł do 107,28 zł.

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Niezależnie od braku wykazania przesłanki pozwalającej na przyznanie legitymacji do wniesienia odwołania Izba wskazuje, iż również merytorycznie odwołanie nie mogło odnieść skutku w postaci nakazania odrzucenia oferty Konsorcjum, jako niezgodnej z treścią siwz. W ocenie Izby Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodowemu wykazania zasadności wniosków, które wywodził z dowolnej interpretacji cen jednostkowych przyjętych w pozycjach kosztorysu ofertowego. Poza samym porównaniem cen jednostkowych Odwołujący nie przedstawił dowodów, które pozwalałyby przyjąć, iż technologia wykonania prac przyjęta do wyceny odbiegała od wymagań Zamawiającego. Argumentacja Odwołującego zasadniczo sprowadzała się do dowolnych wniosków, które nie miały oparcia w treści złożonej oferty. Samo porównanie złożonych cen jednostkowych nie dostarczało dowodu pozwalającego zaprzeczyć stwierdzeniu, iż prezentują one rzeczywisty poziom wyceny prac kalkulowanych w oparciu o przyjęte w dokumentacji technicznej założenia. Porównanie to prowadzi wyłącznie do wniosku, iż każdy z wykonawców kalkulował koszty na różnym poziomie, przy czym nie można przesądzić, że zakres prac wycenionych był odmienny. Tym samym wniosek oparty na samym zestawieniu cen jednostkowych nie mógł być oceniony jako prawidłowy. Przeciwnie treść oferty Konsorcjum potwierdza zgodność oferty z wymaganiami Zamawiającego (opis pozycji odpowiada zakresem prac technologii SMA).

Przy braku wykazania zasadności zarzutu niezgodności oferty Konsorcjum Izba zobowiązana była do oddalenia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. oraz koszty Zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika wykazane rachunkiem złożonym do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący: