

Sygn. akt: KIO/UZP 971/08

WYROK
z dnia 25 września 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

Członkowie: Luiza Łamejko
Jolanta Markowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Drogowe TRAKT J. Żłobiński, A. Stachurski, K. Biczysko Sp. j., 46-200 Kluczbork, ul. Matejki 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Dobrzeń Wielki, 46-081 Dobrzeń Wielki, ul. Namysłowska 44** protestu z dnia 22 sierpnia 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność odrzucenia oferty Odwołującego i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Dobrzeń Wielki, 46-081 Dobrzeń Wielki, ul. Namysłowska 44

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Drogowe TRAKT J. Żłobiński, A. Stachurski, K. Biczysko Sp. j., 46-200 Kluczbork, ul. Matejki 1,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Dobrzeń Wielki, 46-081 Dobrzeń Wielki, ul. Namysłowska 44** na rzecz **Przedsiębiorstwa Drogowego TRAKT J. Żłobiński, A. Stachurski, K. Biczysko Sp. j., 46-200 Kluczbork, ul. Matejki 1,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 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 **Przedsiębiorstwa Drogowego TRAKT J. Żłobiński, A. Stachurski, K. Biczysko Sp. j., 46-200 Kluczbork, ul. Matejki 1.**

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

Zamawiający – Gmina Dobrzeń Wielki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Remont i przebudowę ul. Cebuli, Parkowej, Sobieskiego w Chróścicach”.

W dniu 13.08.2008r. Zamawiający odrzucił ofertę Przedsiębiorstwa Drogowego „Trakt” J. Żłobiński, A. Stachurski, K. Biczysko spółka jawna – zwanego dalej Przedsiębiorstwem „Trakt”, protestującym lub odwołującym. Odrzucenie nastąpiło na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie Zamawiający dokonał wyboru oferty Międzygminnego Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Prowod sp. z o.o.

Informacje Zamawiający dostarczył w dniu 18.08.2008r.

W dniu 22.08.2008r. protest dotyczący odrzucenia swojej oferty oraz wyboru oferty Prowod wniosło Przedsiębiorstwo „Trakt”. Zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 92 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wniesiono o unieważnienie odrzucenia swojej oferty, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności spełnienia warunków przez wykonawcę Prowod i uznanie oferty protestującego za najkorzystniejszą.

W argumentacji wskazano, że ze sformułowań zawartych w pismach o numerach ZP/301/2008/15 oraz ZP/301/2008/16 dotyczących odrzucenia oferty protestującego oraz wyboru oferty wykonawcy Prowod nie wynikało, w jakim elemencie treść oferty protestującego nie odpowiadała treści SIWZ i należy to uznać za brak uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty protestującego – naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Następnie wskazano, że do oferty protestującego został dołączony żądany kosztorys ofertowy oraz wykaz stawek i narzutów, z których wynika cena ofertowa. Następnie protestujący wskazał, że szukanie nieprawidłowości w kosztorysie i wykazie stawek jest nieuzasadnione w przypadku ceny ryczałtowej w ofercie.

Odnosnie zarzutów związanych z koniecznością wykluczenia wykonawcy Prowod z postępowania protestujący podniósł, że osoby wskazane w załączniku nr 6 do oferty na stanowiska kierownika robót i kierownika budowy – Bolesław K. i Wiesław Z. nie posiadają uprawnień w specjalności konstrukcyjno – inżynierskiej w zakresie dróg, a ponadto nie powinni sprawować samodzielnych funkcji technicznych w zakresie dróg, gdyż nie posiadają ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie dróg.

W ocenie Odwołującego niewskazanie wymaganego doświadczenia powinno być powodem wykluczenia tego wykonawcy – wykonawca Prowod wskazał tylko jedno zamówienie o charakterze i złożoności porównywalnej z zakresem przedmiotowego zamówienia natomiast pozostałe zadania dotyczyły budowy kanalizacji sanitarnej i ewentualnie modernizacji sieci wodociągowej, co nie było zgodne z warunkami postawionymi przez zamawiającego.

Protestujący wskazał ponadto na konieczność odrzucenia oferty wykonawcy Prowod na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu zaoferowania wykonania zamówienia w terminie niezgodnym z określonym w pkt 5 SIWZ. Zaoferowano termin 415 dni kalendarzowych co uniemożliwia zakończenie prac w wymaganym terminie.

Kolejnym powodem odrzucenia oferty Prowod było wskazanie do obliczenia ceny stawki roboczogodziny w wysokości 6 zł. Wykonanie działania matematycznego polegającego na dzieleniu minimalnego wynagrodzenia 1126/miesiąc ze średnią liczbą roboczogodzin w wielkości 176 godzin – minimalna dopuszczalna stawka wynosi 6,40 zł. Zdaniem protestującego należałoby uznać to za czyn nieuczciwej konkurencji a zamawiający powinien odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W dniu 1.09.2008r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu odrzucając go. W argumentacji wskazano na to, że w ofercie protestującego znajdował się wprawdzie wymagany druk wykazu stawek i narzutów ale nie był on wypełniony zgodnie z instrukcją gdyż oprócz określenia stawki roboczogodziny nie określał on żadnych innych stawek takich jak kosztów ogólnych, kosztów zakupu i zysku. W ocenie zamawiającego stwierdzenie

zawarte w pkt 10.11 SIWZ wyraźnie określało, jakie wartości i w jakim celu powinny znaleźć się w załączniku żądanym przez Zamawiającego. Odnośnie charakteru nieprawidłowości w kosztorysie wskazano, że przy założeniu ceny ryczałtowej zamawiający może, ale nie musi żądać sporządzenia kosztorysu szczegółowego i wykazu stawek i narzutów. Wskazano, że wymóg określony w SIWZ nie został oprotestowany przez Protestującego. Na koniec wskazano, że skoro potwierdziło się skuteczne odrzucenie oferty Protestującego to ten nie ma interesu prawnego w kwestionowaniu wybranej oferty i wobec powyższego zamawiający nie ustosunkuje się do pozostałych zarzutów ujętych w proteście.

W dniu 5.09.2008r. Przedsiębiorstwo „Trakt” złożyło odwołanie. Zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 92 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wniesiono o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawców oraz czynności oceny ofert, wykluczenia wykonawcy Prowod i odrzucenia jego oferty oraz uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą.

Argumentację powtórzono tak jak w proteście, a ponadto wskazano, że Zamawiający w odrzuceniu protestu bezzasadnie uznał, że protestujący nie miał interesu prawnego w kwestionowaniu oferty wykonawcy Prowod. Ponadto Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty Odwołującego niezgodnie z prawdą i w szczególności z zapisami SIWZ. Podkreślono, że twierdzenie Zamawiającego o określeniu wymagań co do wykazu stawek przez zacytowany przez niego zapis SIWZ jest bezpodstawne gdyż nie ma on prawa określać wartości stawek jakie stosuje wykonawca i nie może ingerować w sposób kalkulacji stawek i w efekcie w kalkulację cen wykonawcy. Zamawiający nie przeprowadził badania ceny ofertowej Odwołującego, w wyniku czego nie mógł uznać, że z załączonego do oferty odwołującego wykazu stawek nie wynika cena oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy i dokonaniu analizy dokumentacji postępowania postanowiła uwzględnić odwołanie.

Na wstępie należy wskazać, że Odwołujący posiada interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej w przedmiotowym postępowaniu. Posiada on status wykonawcy w postępowaniu i jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia mógł doznać uszczerbku w wyniku błędów Zamawiającego podczas badania i oceny ofert. Jak wynika z doktryny – „... za utrwalony uznaje się pogląd, według którego interes prawny wnoszącego środek odwoławczy lub skargę do sądu doznał uszczerbku (lub mógł doznać uszczerbku) w konkretnym postępowaniu, w którym uczestniczy, polegającego na tym, że traci możliwość

uznania jego oferty za najkorzystniejszą.” Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod red. T. Czajkowskiego, wyd. 3, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007. W przedmiotowej sytuacji Zamawiający poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie oferty Prowod za prawidłową mógł naruszyć interes prawny Odwołującego w taki sposób, że bezzasadnie pozbawiłby go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odnosnie zarzutu dotyczącego kwestii zasadności odrzucenia oferty Odwołującego – należy wskazać na lakoniczne stwierdzenia zawarte w pkt 10.11 SIWZ – Zamawiający żądał tam, aby w zawartości oferty był „Kosztorys ofertowy wraz z wykazem stawek i narzutów, z których wynika cena ofertowa”. Jednocześnie nie przekazał żadnych wzorów wraz z instrukcjami ich wypełnienia odnośnie żądanych „wykazów stawek i narzutów”. W wyniku powyższego poszczególni wykonawcy w różny sposób konstruowali „wykazy stawek i narzutów”. Przedsiębiorstwo „Trakt” ujęło w wykazie stawek i narzutów robociznę – wskazując stawkę 20 zł. Ponadto wskazano na koszty ogólne, koszty zakupu i zysk jak na pozycje w kwocie 0 zł. Z kolei wykonawca Strzeleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o. zamieściła w swojej ofercie na str. 91-101 Kosztorys ofertowy skrócony, gdzie na stronie tytułowej wyszczególniła narzuty wskazując koszty pośrednie, zysk i podatek VAT. Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych sp. z o.o. w Opolu z kolei w swojej ofercie na str. 118-135 zawarł „kosztorys ofertowy” oraz „kosztorys”, gdzie na stronach tytułowych wymienione były narzuty obejmujące koszty pośrednie, koszty zakupu, zysk i podatek VAT. Każdy z wykonawców inaczej rozumiał i określał „wykaz stawek i narzutów”. KIO w niniejszej sprawie uznaje, że określenie „Kosztorys ofertowy wraz z wykazem stawek i narzutów, z których wynika cena ofertowa” jest niewystarczające do podnoszenia zarzutu niezgodności z treścią SIWZ względem oferty Odwołującego. Wskazuje się w tym miejscu ponadto na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.03.2008r. sygn. akt KIO/UZP/195/08, gdzie podniesiono, że wykonawcy uczestniczący w postępowaniu w różny sposób przedstawili stawki w „wykazie stawek i narzutów”, a w konkluzji uznano, że zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, że wykaz stawek złożony w ofercie jednego z wykonawców nie spełnia wymagań określonych w siwz. Krajowa Izba Odwoławcza ponadto w wyroku z dnia 15 stycznia 2008r. sygn. akt. KIO/UZP/65/07 wskazała, że „ewentualne uchybienia w sporządzeniu kosztorysu nie mogą mieć wpływu na ważność oferty, ponieważ kosztorys ofertowy miał charakter tylko informacyjny, a obowiązującą ceną oferty jest wynagrodzenie ryczałtowe obejmujące wykonanie wszystkich robót określonych w pkt II SIWZ.”

Odnosnie zarzutu nie wykazania przez wykonawcę Prowod, że kadra kierownicza, jaka została wymieniona w ofercie nie posiada wymaganych uprawnień – Krajowa Izba

Odwoławcza uznała, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie w zakresie pana Bolesława K. Jak wynika z dokumentu zawartego na 72 str. oferty – stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie – Bolesław K. posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno -inżynieryjnej w zakresie sieci sanitarne z ograniczeniem do sieci wodociągowych i kanalizacyjnych. Z wymagań zawartych na str. 4 SIWZ pkt 6.2 lp. 7 wynika, że kadra kierownicza zapewniona do realizacji zamówienia powinna posiadać uprawnienia do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w specjalności konstrukcyjno – inżynieryjnej w zakresie dróg. Takie uprawnienia wynikają z dokumentu dla pana Wiesława Z. – na str. 74-76 oferty Prowod zawarte są dokumenty, z których bezpośrednio wynika, że osoba ta posiada wymagane uprawnienia. Odwołujący nie udowodnił, że osoba ta nie posiada wymaganych uprawnień, nie przedłożył żadnych dowodów na tę okoliczność. Odnośnie pana Bolesława K. – należy wskazać na możliwość uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnośnie zarzutu nie wykazania wymaganego doświadczenia przez wykonawcę Prowod – należy wskazać, że Zamawiający wymagał w pkt 6.2 lp. 6 SIWZ wykonania jako główny wykonawca w okresie ubiegłych pięciu lat co najmniej 3 zamówień o charakterze i złożoności porównywalnej z zakresem zamówienia. Zakres zamówienia obejmował remont i przebudowę trzech ulic – ul. Cebuli – o szerokości jezdni 6 m i długości 594,00+ 141,00+ 735m, ul. Wolności – o szerokości jezdni 5 – 7,7 m i długości 196,40 i ul. Sobieskiego – o szerokości jezdni 3,5 m i długości 156,40 m. W ofercie Prowod zawarto wykaz robót, z którego wynika wykonanie jednego zamówienia – modernizacji drogi powiatowej nr 1707 – ul. Armii Ludowej w Krzanowicach. W wykazie wskazano ponadto budowę sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami dla wsi Kup – zadanie 3 etap 1, zadanie 2, część 1 i 2. Ponadto wskazano na budowę kanalizacji sanitarnej i modernizację sieci wodociągowej dla wsi Czarnowąsy rejon ul. Chopina i Jagiełły – zadanie II. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że pomimo, iż trzy ostatnie zamówienia zawierają w sobie części związane z nakładaniem nawierzchni tłuczniowych i asfaltowych to dotyczą wykonywania kanalizacji i sieci wodociągowej i nie mają charakteru remontów i przebudowy drogi. Ich celem nie były remonty dróg i ulic ale wykonanie kanalizacji i wodociągów. Tym samym nie można uznać, że miały porównywalny charakter i złożoność jak przedmiot zamówienia.

Jak słusznie wskazała KIO w wyroku z dnia 22 września 2008r. – „Argumentacja związana z podobieństwem technologii budowy grawitacyjnych sieci kanalizacji sanitarnych i grawitacyjnych sieci kanalizacji deszczowych nie może w tym przypadku mieć znaczenia, gdyż zamawiający wyraźnie żądał od wszystkich wykonawców, aby wykonali w ciągu

ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania co najmniej 3 zamówienia w zakresie kanalizacji deszczowej o długości 1500 mb każda - rozróżniając je wyraźnie od kanalizacji sanitarnej, której żądał w innej pozycji. Zamawiający miał prawo określić warunki w postępowaniu w sposób, w jaki to uczynił, ale w wyniku powyższego powinien respektować narzucone przez siebie reguły i nie dopuszczać do naruszenia zasad wynikających z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawcy powinni mieć świadomość stosowania się zamawiającego do reguł, które sam ustanowił.”

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że w tej sytuacji Zamawiający powinien wezwać wykonawcę Prowod do uzupełnienia dokumentów stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jeśli ten wykonawca nie wykaże spełniania wymaganego doświadczenia – wtedy nastąpi sytuacja, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i Zamawiający będzie musiał postąpić zgodnie z dyspozycją tego przepisu.

Odnosnie zarzutu dotyczącego konieczności odrzucenia oferty Prowod z powodu zawartej w niej stawki roboczogodziny, która w ocenie Odwołującego będzie w konsekwencji powodowała wypłatę wynagrodzeń poniżej wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę – Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła oddalić ww. zarzut. Jak słusznie wskazano w wyroku ZA z dnia 20 czerwca 2006r. – „Ceny ryczałtowe nie stanowią też dowodu, że pracownicy u wybranego wykonawcy nie będą otrzymywali minimalnego wynagrodzenia, przewidzianego przepisami dla pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Podnieść należy, że z przedmiotu zamówienia nie wynika, że pracownicy wybranego wykonawcy będą świadczyć pracę wyłącznie u Zamawiającego.” Należy ponadto wskazać na możliwość zatrudniania pracowników na podstawie umów z zakresu prawa cywilnego – do wykonywania poszczególnych zadań.

Odnosnie zarzutu dotyczącego konieczności odrzucenia oferty Prowod z uwagi na zapis dotyczący terminu wykonania zamówienia – 415 dni kalendarzowych, który w chwili obecnej jest sprzeczny z wymogiem zawartym w pkt 5 SIWZ – koniecznością wykonania zamówienia do dnia 30.09.2008r. – należy wskazać, że zarówno w momencie pierwotnej oceny ofert – jaka nastąpiła w dniu 13.08.2008r., jak i w wyniku powtórnej oceny ofert, jaka powinna zostać dokonana w wyniku wykonania niniejszego wyroku oferta ta w istocie będzie sprzeczna w swej merytorycznej treści z treścią SIWZ. Literalna interpretacja zapisu – „termin realizacji zamówienia – 415 dni kalendarzowych” jest bezwzględnie sprzeczna z zapisem SIWZ.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie uwzględniono wniosku

pełnomocnika Odwołującego o zwrot kosztów zastępstwa prawnego, ze względu na nieprzedłożenie rachunku wymaganego w § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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)

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/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*