

Sygn. akt: KIO/UZP 581/08

WYROK
z dnia 26 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Emil Kuriata

Ewa Marcjoniak

Protokolant: Dorota Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez firmę **Bickhardt Bau Polska Sp. z o.o., 51-504 Wrocław, ul. Betonowa 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Długołęka, 55-095 Mirków, Długołęka, ul. Wrocławska 18** protestu z dnia 2 czerwca 2008 r.

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Bickhardt Bau Polska Sp. z o.o., 51-504 Wrocław, ul. Betonowa 1 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Bickhardt Bau Polska Sp. z o.o., 51-504 Wrocław, ul. Betonowa 1,**

- 2) 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 **Bickhardt Bau Polska Sp. z o.o., 51-504 Wrocław, ul. Betonowa 1.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Gmina Długoleka prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę dróg gminnych z wykonaniem nawierzchni jezdni, chodników, odwodnienia pasów drogowych z przepompownią, wjazdów i wejść na posesje w ulicach Wolności i części Sportowej oraz ciągów pieszo – jezdnych, parkingów, odwodnienia pasów drogowych, wjazdów i wejść na posesje w ulicach Słowackiego, Kochanowskiego, Mickiewicza, Sienkiewicza i Kościuszki na działkach 219/1, 220/28, 244/5, 250/2, 253/1, 260/1, 263/9, 278/4, 292/4, 316/26, 316/28, 316/30, 348/2, 349, 350/2, 403, 405/3, 406/1 AM-2 w obrębie miejscowości Mirków, gmina Długoleka.

W dniu 8 maja 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy Bickhardt Bau Polska Sp. z o.o.

Na powyższą czynność protest złożył w dniu 15 maja 2008 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane COMPLEX-BUD Leon Szuturma wskazując m.in. na błędy w ofercie wybranej jako najkorzystniejsza. Ww. błędy dotyczyły, zdaniem ww. protestującego wykonawcy następujących pozycji:

1. kosztorys na przebudowę dróg:

- nr 24 i 25 – w pozycji materiał zaoferowano piasek, mimo że w projekcie technicznym wskazano na konieczność użycia mieszanki piaskowo – żwirowej,
- nr 34, 36 i 37 – w pozycji materiał zaoferowano piasek, mimo że w projekcie technicznym wskazano na konieczność użycia gysu kamiennego,

2. kosztorys na kanalizację deszczową:

- nr 5 – w ofercie uznanej za najkorzystniejszą przyjęto nakłady robocizny i sprzętu przynależne dla koparki o pojemności łyżki 0,6 m³,
- nr 15, 16 i 17 – w pozycji materiał zaoferowano rury PVC kanalizacji zewnętrznej kielichowe z uszczelką klasy N lub S, co pozwala na użycie rury klasy N różniącej się od rury klasy S grubością ścianki i sztywnością obwodową, przy czym projekt techniczny wymaga użycia rury klasy S.

Ponadto wykonawca wskazał, iż kosztorys zawarty w ofercie uznanej za najkorzystniejszą nie zawiera przedmiaru robót, zestawienia materiałów, sprzętu, roboczogodzin i tabeli elementów scalonych.

Mimo wezwania Zamawiającego z dnia 16 maja 2008 r. do przyłączenia się do postępowania toczącego się w wyniku ww. protestu żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu o zamówienie publiczne nie zgłosił przystąpienia.

Zamawiający uwzględnił ww. protest w dniu 26 maja 2008 r. w części dotyczącej zarzutów postawionych wobec oferty wykonawcy Bickhardt Bau Polska Sp. z o.o., na skutek czego w dniu 26 maja 2008 r. poinformował wykonawców o powtórzeniu czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W tym samym dniu Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp z uwagi na fakt, iż nie złożono ofert nie podlegających odrzuceniu. Oferta wykonawcy Bickhardt Bau Polska Sp. z o.o. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na następujące błędy w złożonych kosztorysach szczegółowych w stosunku do przedmiarów robót:

1. Przebudowa dróg:

- poz. 24 – oferowany materiał warstwy odsączającej – piasek, zgodnie z dokumentacją projektową – mieszanka piaskowo – żwirowa 0/20mm,
- poz. 25 - oferowany materiał warstwy odsączającej – piasek, zgodnie z dokumentacją projektową – mieszanka piaskowo – żwirowa 0/20mm,
- poz. 53 – w kosztorysie nie uwzględniono materiału – masy termoplastycznej do poziomego oznakowania dróg – białej (premark biały).

2. Kanalizacja deszczowa:

- poz. 15 – oferowany materiał to rury PVC kanalizacji zewnętrznej kielichowe z uszczelką klasy N lub S o średnicy zewnętrznej 315mm, zgodnie z dokumentacją projektową – rura PVC kielichowa z uszczelką SDR34 SN8 o średnicy zewnętrznej 315mm,
- poz. 16 - oferowany materiał to rury PVC kanalizacji zewnętrznej kielichowe z uszczelką klasy N lub S o średnicy zewnętrznej 250mm, zgodnie z dokumentacją projektową – rura PVC kielichowa z uszczelką SDR34 SN8 o średnicy zewnętrznej 250mm,
- poz. 17 - oferowany materiał to rury PVC kanalizacji zewnętrznej kielichowe z uszczelką o średnicy zewnętrznej 200mm, zgodnie z dokumentacją projektową – rura PVC kielichowa z uszczelką SDR34 SN8 o średnicy zewnętrznej 200mm,

- poz. 24 - w kosztorysie nie uwzględniono materiału – rusztu żeliwnego do korytek odwadniających szerokość 20cm typu D400,
- poz. 28 – oferowany materiał to tłuć kamienny, zgodnie z dokumentacją projektową – tłuć kamienny 0/63mm.

W dniu 2 czerwca 2008 r. wykonawca Bickhardt Bau Polska Sp. z o.o. złożył protest wobec czynności odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania. Protestujący zarzucił Zamawiającemu, iż dokonując czynności odrzucenia jego oferty naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez przyjęcie, iż treść oferty Protestującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz błędne ustalenie, że kosztorysy szczegółowe załączone przez Protestującego do oferty nie są zgodne z treścią przedmiarów robót. Protestujący zarzucił także Zamawiającemu, iż unieważniając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego naruszył art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez przyjęcie, że w przedmiotowym postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Protestujący wskazał na treść § 4 ust. 1 pkt 3 oraz § 6 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego (Dz. U z 2004 r., Nr 202, poz. 2072), zgodnie z którymi przedmiar robót jest jednym z elementów dokumentacji projektowej i powinien zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót. Protestujący zwrócił też uwagę na treść rozdziału II ust. 4, rozdziału X ust. 1 oraz rozdziału III ust. 5 ppkt 85 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Protestujący podniósł, iż biorąc pod uwagę powyższe, wykonawcy musieli przygotować kosztorysy w oparciu o przedmiar dostarczony przez Zamawiającego i nie mogli samowolnie korygować ani opisów opozycji ani nakładów rzeczowych zawartych w określonych przez Zamawiającego podstawach wyceny, bowiem takie działanie skutkowałoby odrzuceniem oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią Specyfikacji.

Odnosząc się do wskazanej przez Zamawiającego niezgodności kosztorysu z dokumentacją projektową Protestujący podniósł:

1. W zakresie kosztorysu na przebudowę dróg – poz. 24, 25 i 53 oraz kosztorysu na kanalizację deszczową – poz. 28: Kosztorys został przygotowany zgodnie z przedmiarem robót, a do wyceny użyto norm w nim zawartych. Protestujący zwrócił uwagę na treści odpowiedzi na pytania nr 3 z dnia 8 kwietnia 2008 r., nr 2 z dnia 27 marca 2008 r. oraz nr 3 z dnia 1 kwietnia 2008 r.
2. W zakresie kosztorysu na kanalizację deszczową – poz. 15, 16 i 17:

Protestujący użył zapisu o treści, jaką nakazał Zamawiający w przedmiarze. To Zamawiający, zdaniem Protestującego, nie umieszczając w opisie pozycji określenia „rura PVC kielichowa z uszczelką SDR34 SN8 o średnicy zewnętrznej 315mm, 250mm lub 200mm” spowodował, że wykonawcy nie mogli skorygować nazewnictwa materiału i sprecyzować typu rur. Wskazał na zmienione przez Zamawiającego opisy w poz. 12 i 14.

3. W zakresie kosztorysu na kanalizację deszczową – poz. 24:

Zdaniem Protestującego określenie „korytko odwadniające” obejmuje zestaw składający się m.in. z prefabrykowanego korytka i rusztu, a elementy te nie funkcjonują osobno i mogą być wykorzystywane wyłącznie w komplecie. Nie można zatem postawić Protestującemu zarzutu, iż używając określenia „korytko odwadniające” nie uwzględnił w kosztorysie rusztu.

Protestujący podniósł ponadto, że użyte przez Zamawiającego określenie „ruszt żeliwny do korytek odwadniających szerokości 20cm typ D400” jest nieprawidłowe i niezgodne z dokumentacją techniczną i katalogiem producenta. Oznaczenie „D400” oznacza klasę dopuszczalnych obciążeń, a nie typ odwodnienia. Protestujący w przedmiotowej pozycji kosztorysu zawarł dane określone dokumentacją techniczną, użył natomiast sformułowań zawartych w opisie pozycji przedmiaru sporządzonego przez Zamawiającego.

Protestujący wniósł o:

- unieważnienie decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania,
- unieważnienie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Protestującego,
- dokonanie powtórnej oceny ofert,
- wybór oferty Protestującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 11 czerwca 2008 r. przez jego oddalenie. Zwrócił uwagę, iż zgodnie z rozdziałem I ust. 38 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia „w przypadku rozbieżności w ilościach robót pomiędzy dokumentacją projektową (tj. projekty), a przedmiarami robót wiążące są ilości i zakresy robót wynikające z dokumentacji technicznej, tj. z projektów”. W odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysu Zamawiający stwierdził:

- poz. 24 kosztorysu na kanalizację deszczową – z treści Specyfikacji oraz udzielonej odpowiedzi na pytanie wykonawcy jednoznacznie wynika, iż należało w zestawieniu materiałów użytych do wykonania odwodnienia typu ACO-DRAIN przedstawić korytka odwadniające typu ACO-DRAIN szerokość 20cm i nośność 40t oraz ruszt żeliwny do korytek

odwadniającego szerokość 20cm typu D400, jak również mieszankę betonową i materiały pomocnicze. W przypadku traktowania nazwy „korytka odwadniające” jako nazwy kompletu tj. korytka wraz z rusztem należało przyjąć „korytka odwadniające ACO-DRAIN szerokość 20cm, nośność 40t 1 szt/m, bądź 1kpl/m”, a nie, jak uczynił Protestujący, 1,01m/m;

- poz. 15, 16, 17 i 28 kosztorysu na kanalizację deszczową – Zamawiający użył zapisu zgodnego z nazwą poszczególnych pozycji w KNNR, a materiał, który powinien zostać użyty szczegółowo określa dokumentacja projektowa. Protestujący powinien zatem wskazać materiał;

- poz. 24, 25 kosztorysu na przebudowę dróg - Zamawiający użył zapisu zgodnego z nazwą poszczególnych pozycji w KNNR, a materiał, który powinien zostać użyty szczegółowo określa dokumentacja projektowa. Protestujący powinien zatem wskazać materiał;

- poz. 53 kosztorysu na przebudowę dróg – Protestujący powinien porównać pozycję przedmiaru części drogowej z dokumentacją projektową i zestawieniem materiału, z którego wynika, że do wykonania oznakowania poziomego przejść pieszych należy stosować taśmy termoplastyczne (premark biały oraz czerwony), a nie farbę chlorokauczkową.

Wobec powyższego, w dniu 13 czerwca 2008 r. Bickhardt Bau Polska Sp. z o.o. wniosła odwołanie zarzucając jak w proteście. Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania,
- unieważnienie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego,
- dokonanie powtórnej oceny ofert,
- wybór oferty Protestującego jako najkorzystniejszej spośród ofert nieodrzuconych.

W tym stanie faktycznym, uwzględniając oryginalną dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożoną przez Zamawiającego oraz oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego złożone na rozprawie, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy zwrócić uwagę na treść art. 181 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca zgłasza przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wskazując swój interes prawny w przystąpieniu i określając swoje

żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście. Zgłaszając przystąpienie wykonawca staje się uczestnikiem postępowania protestacyjnego i uzyskuje uprawnienie do ewentualnego samodzielnego wniesienia odwołania od rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego. Skutkiem wniesienia protestu i zgłoszenia przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku jego wniesienia jest brak możliwości korzystania przez tych wykonawców ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (art. 181 ust. 6 ustawy Pzp). Zgodnie z dyspozycją art. 181 ust. 7 ustawy Pzp wykonawcy wnoszący protest oraz wykonawcy wezwani do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się na skutek jego wniesienia nie mogą następnie wnieść protestu powołując się na te same okoliczności. Biorąc pod uwagę powyższe, w interesie wykonawcy leży przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, nie przystępując traci on bowiem możliwość wpłynięcia na dokonywane przez zamawiającego rozstrzygnięcie protestu i możliwość podejmowania dalszych działań w zakresie podnoszonych zarzutów. Protest staje się w takim przypadku ostatecznie rozstrzygnięty bez udziału danego wykonawcy. W doktrynie wskazuje się, że istotą omawianych powyżej regulacji jest skumulowanie środków ochrony prawnej w jednym postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia protestu i ograniczenie możliwości korzystania z nich w sytuacji, gdy dotyczą one tych samych czynności zamawiającego.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego będącym przedmiotem niniejszego orzeczenia wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane COMPLEX-BUD Leon Szuturma złożył w dniu 15 maja 2008 r. protest zarzucając w nim m.in. błędną ocenę przez Zamawiającego oferty Odwołującego. Odwołujący nie zgłosił przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, a tym samym zamknął sobie drogę do podejmowania jakichkolwiek działań w przedmiocie zarzutów w nim zawartych. Izba ustaliła, iż zarzuty, które zostały ostatecznie rozstrzygnięte odnoszące się do oferty Odwołującego dotyczą poz. 25, 25, 34, 36 i 37 kosztorysu na przebudowę dróg oraz poz. 5, 15, 16 i 17 kosztorysu na kanalizację deszczową.

Z powyższego wynika, że treść odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przy ocenie oferty Odwołującego w poz. 24 i 25 kosztorysu na przebudowę dróg oraz poz. 15, 16 i 17 kosztorysu na kanalizację deszczową stanowi powołanie się na okoliczności, które były przedmiotem protestu z dnia 15 maja 2008 r. i dotyczy czynności, których zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp).

Biorąc pod uwagę fakt, iż oferta Odwołującego została skutecznie odrzucona w związku z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 15 maja 2008 r., Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie ma interesu prawnego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a takim

interesem musi się wykazać wnosząc środek ochrony prawnej (art. 179 ustawy Pzp).

W związku z powyższym, bezprzedmiotowe stało się rozstrzygnięcie w zakresie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przy ocenie oferty Odwołującego w zakresie poz. 53 kosztorysu na przebudowę dróg oraz poz. 24 i 28 kosztorysu na kanalizację deszczową oraz naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika z uwagi na dyspozycję § 4 ust. 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886), zgodnie z którym do kosztów postępowania zalicza się uzasadnione koszty uczestników postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków. Zamawiający rachunku nie przedłożył.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....