

WYROK
z dnia 1 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Członkowie: **Andrzej Niwicki**

Emil Kuriata

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27.11.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Bilfinger Berger Budownictwo S.A., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 50A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu, 50-425 Wrocław, ul. Krakowska 28** protestu z dnia **2 października 2009 r.**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: **Dywidag Bau GmbH, Mies-van-der-Rohe Str. 6, 80807 Monachium, Niemcy, Heilit+Werner Budowlana Sp. z o.o., 53-129 Wrocław, ul. Sudecka 98, Ed. Zublin AG, Albstadtweg 3, 70567 Stuttgart, Niemcy** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego się.

2. Kosztami postępowania obciąża Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu, 50-425 Wrocław, ul. Krakowska 28 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Bilfinger Berger Budownictwo S.A., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 50A;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu, 50-425 Wrocław, ul. Krakowska 28** na rzecz **Bilfinger Berger Budownictwo S.A., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 50A** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Bilfinger Berger Budownictwo S.A., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 50A;**

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

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *budowę mostu na rzece Odrze w ciągu drogi wojewódzkiej nr 323* (numer sprawy IŻ/3530/54/09), ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 17 marca 2009 roku, 2009/S 52-074901.

W dniu 22 września 2009r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm: Dywidag Bau GmbH, Heilit + Werner Budowlana Sp. z o.o, Ed. Zublin AG, która uzyskała w łącznej punktacji 500 punktów w kryterium ceny oraz o odrzuceniu pięciu ofert.

2 października 2009r. protest do zamawiającego wniósł wykonawca Bilfinger Berger Budownictwo S.A., którego ofertę zamawiający odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, na tej podstawie, iż w pozycji 1.5 kosztorysu ofertowego – roboty mostowe (wytworzenie pali prefabrykowanych żelbetowych) wykonawca podał nieprawidłową jednostkę miary, tj. „m³”, w miejsce „m”. Pozycja ta podlegała modyfikacji w odpowiedzi na pytanie 82 z dnia 28.08.2009r., a wykonawcy winni uwzględnić zmianę w kosztorysie. Zamawiający zgodnie z rozdziałem XI siwz pkt 6 c) odrzucił ofertę, jako niezgodną z treścią przedmiaru w zakresie podanej jednostki miary. W proteście podniesiono zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1, poprzez odrzucenie oferty zgodnej z

treścią siwz zaniechanie wyboru oferty protestującego. Wykonawca wniósł o uznanie za nieważną czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty protestującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wybór oferty protestującego. W uzasadnieniu wykonawca wskazywał, iż odwiedź zamawiającego dotyczyła wątpliwości dotyczących różnic pomiędzy wielkościami przedmiarowymi - sprzeczność sumy m^3 poszczególnych rodzajów pali żelbetowych wynikającej z przedmiarów oraz ilości wykonania tych samych pali podanej kosztorysie - i polegała na wskazaniu właściwej ilości. Jednostka miary nie budziła wątpliwości, gdyż była podana w książce przedmiarów, która dla każdego rodzaju pali wskazywała jednoznacznie „ m^3 ”, stąd wykonawca uznał, iż stanowiło oczywistą omyłkę podanie w pytaniu jednostki „m”. Zdaniem wykonawcy odpowiedź na pytanie 82 nie doprowadziła do zmiany siwz, która byłaby nieuzasadniona, zaś sama odpowiedź winna być interpretowana jedynie w kontekście udzielenia odpowiedzi w części pytania prawidłowo sformułowanego tj. co do ilości a nie co do jednostki miary albo jako odpowiedź na pytanie nie dotyczące treści siwz, a zatem nie mająca w całości jakiegokolwiek wpływu na treść siwz.

Zamawiający oddalił protest w dniu 13 października 2009 r., wskazując, iż jasne zapisy specyfikacji określały zasady oceny ofert pozwalając uniknąć różnic interpretacyjnych znaczenia pojęcia „innej omyłki, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty”, jako bezzasadny.

W dniu 22 października 2009r. wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując podniesione w proteście zarzuty i żądania.

W dniu 26 listopada do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło konsorcjum Dywidag Bau GmbH, Heilit + Werner Budowlana Sp. z o.o, Ed. Zublin AG.

Skład orzekający ustalił i zważył co następuje.

Interes prawny odwołującego doznał uszczerbku na skutek czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, co pozbawiło tego wykonawcy szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Wykonawca ten był uprawniony do wniesienia środków ochrony prawnej zmierzających do przywrócenia jego oferty, jako ważnej w postępowaniu i podlegającej ocenie według ustalonego kryterium – cena 100 % (Rozdział XII. Pkt 1 siwz).

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treści złożonej przez odwołującego oferty, skład orzekający potwierdził, iż w pozycji 1.5 kosztorysu ofertowego dla robót mostowych (strona 10 oferty), odwołujący podał jednostkę miary „m³” oraz ilość „680,2”. Zgodnie z odpowiedzią zamawiającego z dnia 28 sierpnia 2009r. (IZ/3530/54/09) na pytanie nr 82, wykonawcy mieli przyjąć dla pozycji 1.5 „wytworzenie prefabrykowanych pali żelbetowych” wielkość 680,20 m. Zadane pytanie dotyczyło wyjaśnienia różnicy pomiędzy wielkościami z kosztorysu i przedmiarów, które wynosiły odpowiednio: 668,00 m³ (książka przedmiarów) oraz 680,20 m³ (kosztorys ofertowy). W zadanym pytaniu zmieniono jednostkę obmiarową podając „m”, co nie odpowiadało treści załączników do siwz.

Zamawiający powołując się na zapis specyfikacji (Rozdział V pkt 1 lit c.), uznał, iż wykonawcy byli zobowiązani uwzględnić zmianę w kosztorysach ofertowych dla pozycji 1.5 wpisując wielkość 680,2 m. Ponieważ pięciu spośród sześciu wykonawców, którzy złożyli oferty, w swoich kosztorysach pozostawiło jednostkę miary „m³”, zamawiający odrzucił te oferty, stosując się do zapisu rozdziału XI pkt 6 lit c siwz – *niezgodność jednostki miary w pozycji kosztorysu ofertowego z jednostką miary podaną w tej samej pozycji przedmiaru spowoduje odrzucenie oferty.*

W tak ustalonych okolicznościach faktycznych skład orzekający Izby uznał, iż oferta odwołującego była zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem zamawiający nie był uprawniony do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Na podstawie dokumentacji projektowej, Izba przyznała rację odwołującemu, który utrzymywał, iż prawidłową jednostką miary dla podanej wielkości 680,20 jest „m³”. Wynika to w szczególności z przeliczenia ilości pali do wbicia (pozycja 1.2 i 1.4 kosztorysu ofertowego – roboty mostowe). Z sumowania obu pozycji, które dotyczą wbicia pali, o których mowa w pozycji 1.5 kosztorysu na roboty mostowe, wynika ich łączna ilość – 4 175 m. Zatem przyjęcie stanowiska zamawiającego oznaczałoby, iż za prawidłową należałoby uznać ofertę, w której wykonawca zaoferował wytworzenie tylko 680,20 m pali, chociaż potrzebnych do wbicia jest 4 175 m. Zamawiający nie zakwestionował prawidłowości wyliczenia ilości metrów sześciennych pali potrzebnych do wytworzenia, dokonanej przez odwołującego na podstawie obmiaru pali w dokumentacji projektowej, uznając iż na etapie realizacji umowy zaistniała niezgodność pomiędzy palami do wytworzenia oraz wbicia będzie musiała być wyrównana. Oznacza to, iż zamawiający przyznał okoliczność dowodzoną przez odwołującego, iż prawidłowa ilość w pozycji 1.5 powinna być podana w m³.

W ocenie KIO, oferta odwołującego odpowiada zakresowi zamówienia opisanemu w dokumentacji projektowej postępowania, w której zamawiający podał ilości pali dla każdego przęsła mostu i ich wymiary, tj. długość oraz przekrój. Wyliczenie odwołującego Izba uznała za wiarygodne i potwierdzające rzeczywistą wielkość dla pozycji 1.5 kosztorysu na roboty

mostowe – 668,00 m³. Wskazuje ona na błąd popełniony przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 82, który przyjął nie tylko złą ilość (680,2), ale również przyjął niewłaściwą jednostkę miary. Udzielona odpowiedź pozostawała w sprzeczności z dokumentacją projektową (ilością pali potrzebnych do wykonania zamówienia), jak również wcześniejszymi pozycjami kosztorysu, dotyczącymi wbicia pali. Decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego nie miała uzasadnienia w ocenie merytorycznej oferty, a stała się skutkiem sformalizowanego podejścia do zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Formalizm postępowania nie może być celem samym w sobie. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu wyłonienie wykonawcy, który zaoferował najkorzystniejszą ofertę za realizację przedmiotu zamówienia. W okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający zdecydował o odrzuceniu oferty wykonawcy, który złożył ofertę rzetelnie przygotowaną, odpowiadającą zakresowi wymaganych prac.

Mając powyższe na uwadze odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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 z późn. zm.), kosztami odwołującego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z przedłożonym rachunkiem), Izba obciążyła zamawiającego.

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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*