

Sygn. akt: KIO 2571/13

WYROK
z dnia 15 listopada 2013r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2013r. przez **wykonawcę:** Przedsiębiorstwo Budowlane AWERS Sp. z o.o. Zgłobień 15; 36-064 Zgłobień w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Gmina Sanok ul. Tadeusza Kościuszki 23; 38-500 Sanok

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie, nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje ponowną ocenę, wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego;
2. kosztami postępowania obciąża: Gmina Sanok ul. Tadeusza Kościuszki 23; 38-500 Sanok i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 **zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Budowlane AWERS Sp. z o.o. Zgłobień 15; 36-064 Zgłobień tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Gmina Sanok ul. Tadeusza Kościuszki 23; 38-500 Sanok na rzecz Przedsiębiorstwo Budowlane AWERS Sp. z o.o. Zgłobień 15; 36-064 Zgłobień kwotę 13.600 **zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego

Sygn. akt KIO 2571/13

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Krośnie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Sanok ul. Kościuszki 23, 38-500 Sanok jest organizatorem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Stróże Małe, które zostało ogłoszone dnia 25.09.2013 w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem ogłoszenia: 387868 – 2013.

Odwołujący Przedsiębiorstwo Budowlane AWERS Sp. z o.o. działając na podstawie art.179, 180 ust. 2 pkt 4 oraz 182 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. 2013r. poz.709) zwanej dalej „ustawą Pzp”, wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego w przedmiotowym postępowaniu.

W złożonym odwołaniu zarzucono naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i odrzucenie oferty AWERS Sp. z o.o., pomimo iż treść tej oferty nie jest sprzeczna z treścią SIWZ, art. 87 ust. 1 poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień co do treści oferty przez AWERS Sp. z o.o., art. 87 ust. 2 pkt 3 poprzez zaniechanie poprawienia omyłek w treści oferty odwołującego; art. 7 poprzez złamanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Na podstawie wniesionych zarzutów odwołujący żąda: uwzględnienia odwołania; nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego; nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono następującą argumentację prawną i faktyczną.

Zamawiający w dniu 29 października 2013r. poinformował o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowości Stróże Małe”. W piśmie tym zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Uzasadniając czynność odrzucenia oferty zamawiający poinformował, że w ofercie odwołującego nie uwzględniono zamian wprowadzonych wyjaśnieniami do SIWZ (Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) oraz iż „brak jest wszystkich niezbędnych

danych (cen wszystkich niezbędnych materiałów) na podstawie których zamawiający mógłby samodzielnie bez udziału wykonawcy poprawić niezgodności z SIWZ". W ocenie odwołującego stanowisko zamawiającego jest błędne i pozbawione jakichkolwiek podstaw zarówno prawnych jak i faktycznych. Pozycja nr 132 przedmiaru robót w SIWZ, z powodu której odrzucono ofertę zawierała następującą treść: KNNR 4 1009-03 Rurociągi z rur polietylenowych (PE, PEHD) o średnicy zewnętrznej 90/5,4 mm - 1095 m. W wyjaśnieniach nr 1 treści SIWZ zamawiający podał (odpowiedź nr 6): „Właściwe średnice rurociągu, które należy uwzględnić w wycenie robót. W zamian za pozycje 132 przedmiaru robót należy uwzględnić następujące pozycje: PE 110x6,6 SDR17 -442m; PE 90x8,2 SDR11-119m; PE 90x5,4 SDR17 - 348m; PE 75x4,5 SDR 186m”. W ocenie odwołującego, wyjaśniając SIWZ Zamawiający nie dokonał modyfikacji przedmiaru robót, nie wprowadził nowych pozycji, nie podał nowych KNR. Z treści wyjaśnień wynika jedynie, że wykonawcy byli zobligowani do uwzględnienia w ofercie poszczególnych rodzajów rurociągów. Wykonawca AWERS Sp. z o.o. oświadcza, iż w pozycji 132 kosztorysu ofertowego uwzględnił wszystkie rodzaje rurociągów opisanych w wyjaśnieniach do SIWZ. Inaczej mówiąc, treścią oferty odwołującego jest wykonanie rurociągów o wszystkich wymaganych przekrojach, za cenę wskazaną w kosztorysie ofertowym (26,24 zł/m). Gdyby zamawiający wykorzystał art. 87 ust. 1 Pzp i zwrócił się do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień, kwestia ta zostałaby jednoznacznie wyjaśniona, bez konieczności wnoszenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Zamawiający w dniu 29 października 2013r. poinformował odwołującego o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Stróże Małe ”. W piśmie tym również zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp. Uzasadniając swoją czynność zamawiający wskazał, że w ofercie odwołującego nie uwzględniono zamian wprowadzonych wyjaśnieniami do SIWZ (Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) oraz iż „brak jest wszystkich niezbędnych danych (cen wszystkich niezbędnych materiałów) na podstawie

których zamawiający mógłby samodzielnie bez udziału wykonawcy poprawić niezgodności z SIWZ". Przy czym zamawiający odrzucając ofertę odwołującego na poparcie swojej czynności przywołał wyjaśnienia, które udzielił wykonawcom w dniu 03.10.2013r. pismo znak 271.21.2013. Zamawiający w piśmie tym wskazał na konieczność zmian przy wycenie robót w związku z udzieloną odpowiedzią na pytanie nr 6, a których to zmian nie uwzględnił odwołujący składając ofertę.

Izba na podstawie złożonej do akt sprawy dokumentacji przez zamawiającego i przeprowadzonych z niej dowodów na rozprawie ustaliła także, że w pierwotnej wersji przedmiarów robót w SIWZ pozycja nr 132 zawierała następującą treść: KNNR 4 1009-03 Rurociągi z rur polietylenowych (PE, PEHD) o średnicy zewnętrznej 90/5,4 mm - 1095 m.

Z kolei na podstawie ww. pisma zamawiającego z dnia 3 października 2013r. pn. „Wyjaśnienia nr 1 treści SIWZ” Izba ustaliła, że zamawiający wyjaśnił wykonawcom w odpowiedzi nr 6, że : „Właściwe średnice rurociągu, które należy uwzględnić w wycenie robót. W zamian za pozycje 132 przedmiaru robót należy uwzględnić następujące pozycje: PE 110x6,6 SDR17 -442m; PE 90x8,2 SDR11-119m; PE 90x5,4 SDR17 - 348m; PE 75x4,5 SDR 186m”.

W piśmie tym zamawiający podał treść pytania jednego z wykonawców, która stanowiła podstawę udzielonej odpowiedzi : „Pytanie 6: prosimy o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy zapisami STWiORB, opisem do projektu i przedmiarem robót. Zgodnie z STWiORB należy zastosować rury Fi110 mm PE100 SDR 17, zgodnie z przedmiarem robót rury Fi 90 mm, natomiast zgodnie z opisem do projektu oraz profilami podłużnymi należy uwzględnić rury Fi 110mm, Fi 90 mm, Fi 75 mm SDR 17 i SDR 11. Prosimy o podanie prawidłowej średnicy oraz szeregu SDR do wykonania rurociągów tłocznych”.

Izba zważyła co następuje

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Z okoliczności faktycznych i prawnych sprawy wynika, że zamawiający nie dokonał zmiany SIWZ.

Z ustaleń Izby wynika, że jeden z wykonawców dokonując analizy SIWZ stwierdził w

dokumentach STWiORB i przedmiarze robót nieścisłości polegające na rozbieżności z dokumentacją projektową. Tymi rozbieżnościami było przyjęcie zwłaszcza w przedmiarze robót w poz. 132 jednej średnicy rur. Natomiast dokumentacja projektowa, w oparciu o którą wydawane jest pozwolenie na budowę przewidywała różne średnice rur. Z natury rzeczy i z SIWZ wynika, że wykonawca ma wykonać przedmiot zamówienia w oparciu o dokumentację projektową i oczywiście wycenić roboty w oparciu o sporządzony przedmiar robót. Tak jak wyżej zaznaczono dokumentacja projektowa jest źródłem dla pozostałych dokumentów postępowania w tym przedmiarze robót. W wyniku zadanego pytania w sprawie zamawiający udzielił wyjaśnień, które sprowadzały średnice rur do parametrów w dokumentacji projektowej. Zresztą zamawiający dokonując wyjaśnień do SIWZ inaczej nie mógł postąpić. W odpowiedzi na pytanie mające charakter wyjaśnień poinformował wykonawców, że przy wycenie mają uwzględnić różne średnice rur jednocześnie je określając. Taka zaistniała sytuacja zarówno pod względem faktycznym i prawnym nie jest zmianą SIWZ tylko jest wyjaśnieniem czyli usunięciem rozbieżności pomiędzy dokumentem źródłowym jakim jest dokumentacja projektowa a dokumentami do niej pochodnymi jakimi są STWiORB oraz przedmiar robót. Brak wyjaśnienia nie niweczyłby obowiązku wykonawcy wykonania roboty budowlanej według dokumentacji projektowej, a po stronie wykonawcy rodziłoby to prawo do żądania zmiany ceny, przy obowiązującej cenie kosztorysowej

Reasumując zamawiający nie dokonał zmiany SIWZ tylko usunięcia istniejących w niej rozbieżności poprzez instytucję przewidzianą w prawie zamówień publicznych jakim są wyjaśnienia w myśl w art. 38 ust.1 tejże ustawy.

Pominąwszy okoliczność, że zamawiający nie nakazał zmiany przedmiaru robót w poz. 132 to należy przede wszystkim mieć na uwadze, że nawet gdyby nakazał zmianę tej pozycji to i tak nie byłaby to zmiana SIWZ, ponieważ nie dokonano zmiany dokumentacji projektowej tylko dokumentu pochodnego t.j. przedmiaru robót, który wskutek błędu zamawiającego był niezgodny z dokumentacją projektową.

Natomiast polecenie zamawiającego było jednoznaczne należy uwzględnić przy wycenie a nie było polecenia należy zmienić pozycję przedmiaru robót.

Reasumując Izba nie stwierdza sprzeczności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ. w rozumieniu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp co skutkuje uwzględnieniem odwołania.

W toku postępowania odwoławczego odwołujący potwierdził, że wycenił rury w ilościach i o średnicach wymaganych przez zamawiającego z uwzględnieniem jego wyjaśnień.

Natomiast zamawiający jeżeli miał wątpliwości mógł zapytać się w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp: czy w wycenie uwzględniono zmianę średnicy rur, a nie stanowiłoby to zmiany oferty, ponieważ wyjaśnienie zamawiającego z dnia 03.10.2013r. jest wiążące przy wycenie i rodzi skutki prawne. Odwołujący ma obowiązek realizacji zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, a kwota wynagrodzenia nie może ulec zmianie. Zamawiający przed terminem złożenia ofert usunął omyłkę w przedmiarze i wykonawcy dokonując wyceny nie będą mieli podstaw do powoływania się na wprowadzenie w błąd przez zamawiającego przy wycenie robót a co dalej idzie przy żądaniu zapłaty.

W związku z tym, że oferta odwołującego jest najkorzystniejsza w rozumieniu kryterium oceny ofert, odwołanie zasługuje na uwzględnienie w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy, ponieważ naruszenie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania.

Natomiast Izba nie stwierdziła naruszenia art.87 ust.2 pkt 3 ustawy, ponieważ nie ma podstaw do stwierdzenia, że rury o różnych średnicach nie mogą być wycenione według jednakowej stawki cenowej.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczanego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w łącznej kwocie 13.600,00 złotych

Przewodniczący: