

Sygn. akt: KIO 711/11

WYROK

z dnia 18 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Robert Skrzyszewski

Protokolant : Agata Dziuban

po rozpoznaniu w dniu 18 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2011 r. przez Odwołującego **Konsorcjum: POL-DRÓG KOŚCIAN Sp. z o.o., POL-DRÓG Piła Sp. z o.o., 64 – 000 Kościan, ul. Dworcowa 29** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Starostwo Powiatowe w Wolsztynie, 64 – 200 Wolszyn, ul. 5 Stycznia 5**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Eurovia Polska S.A., 55 – 040 Kobierzyce, ul. Szwedzka 5 Bielany Wrocławskie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO711/11 po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. uwzględnić odwołanie** i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i czynność odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazać dokonanie ponownej oceny ofert.
- 2. kosztami postępowania obciąża: Starostwo Powiatowe w Wolsztynie, 64 – 200 Wolszyn, ul. 5 Stycznia 5, i nakazuje:**
 - 2.1.** zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego koszty w wysokości w **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset złotych zero groszy) – kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: POL-DRÓG KOŚCIAN Sp. z o.o., POL-DRÓG Piła Sp. z o.o., 64 – 000 Kościan, ul. Dworcowa 29.**
 - 2.2.** zasądza od **Starostwa Powiatowego w Wolsztynie, 64 – 200 Wolszyn, ul. 5 Stycznia 5** na rzecz **Konsorcjum: POL-DRÓG KOŚCIAN Sp. z o.o., POL-DRÓG**

Piła Sp. z o.o., 64 – 000 Kościan, ul. Dworcowa 29 kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez stronę z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Poznaniu**

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Zarząd Powiatu Wolsztyńskiego z siedzibą przy ul. 5 Stycznia 5, 64-200 Wolsztyn wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn. „Przebudowa drogi powiatowej Jaromierz - Jażyniec wraz z remontem drogi powiatowej Jażyniec - Obra”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 08.02.2011r. pod numerem 44451-2011.

Pismem z dnia 2.03.2011r., l.dz.IF.2721.3.2011 Zamawiający wezwał Odwołującego – konsorcjum firm : Pol-Dróg Kościan Sp. z o.o.(lider) z siedzibą przy ul. Dworcowej 29 w Bonikowie, 64-000 Kościan oraz Pol-Dróg Piła Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Wawelskiej 106 w 64-920 Pile między innymi do złożenia wyjaśnień na podstawie art.87 ust.1 ustawy prawo zamówień publicznych dotyczących treści złożonej oferty, z pytaniem dlaczego zastosowano radykalnie różne stawki na prace tego samego rodzaju w zakresie pozycji 6.3, 6.4, 6.5, 6.6 kosztorysu drogowego Jaromierz – Jażyniec.

W odpowiedzi na powyższe wystąpienie Zamawiającego Odwołujący wyjaśnił, iż pozycje 6.4 i 6.6 kosztorysu ofertowego drogowego zostały skalkulowane w zaoferowanej wysokości z tego względu, że po wizji lokalnej palcu przyszłej budowy stwierdził wcześniejsze wykonanie chodnika i obrzeża, a ponieważ wizja ta została wykonana po terminie składania zapytań nie miał on możliwości wezwania Zamawiającego do wyjaśnień treści SIWZ.

Z tego powodu oraz biorąc pod uwagę wymóg złożenia wraz ofertą wycenionych kosztorysów ofertowych Odwołujący przyjął do wyceny przełożenie(regulację) istniejącego chodnika bez uwzględnienia kosztu zakupu materiału.

W zakresie pozycji 3.10 poinformował, że przyjął zaoferowaną cenę z tego powodu, że w pobliżu placu budowy posiada dzierżawione składowisko wcześniej zakupionego tłucznia, które wobec wypowiedzenia tej umowy będzie zmuszony w ciągu kilku miesięcy opróżnić, a koszt transportu tego materiału na inną budowę przekracza wartość tłucznia. Z tego powodu Odwołujący zastosował cenę jednostkową bez wartości tłucznia(samo wykonanie – koszt robocizny wraz z transportem ze składowiska na budowę).

W dniu 30 marca 2011r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Eurovia Polska S.A., ul. Szwedzka 5 Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce oraz o dokonaniu czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający stwierdził, że wykonawca dokonał wyceny przełożenia chodnika (bez uwzględnienia kosztów zakupu materiałów), a nie jego wybudowania, a z tego powodu – zdaniem Zamawiającego - dokonał wyceny innych rodzajowo prac niż te opisane w pozycjach przedmiarowych.

Dodatkowo Zamawiający zauważył, że w przedmiotowym zamówieniu przewidział wynagrodzenie kosztorysowe, które w związku z kształtem opracowanych dokumentów przetargowych wymagało wyceny wszystkich elementów mieszczących się w przedmiarach robót, a tylko w ten sposób można dokonywać porównania cen.

Zwrócił uwagę, że postanowienia SIWZ nie były w tym zakresie zmieniane przed terminem otwarcia ofert, a zatem są one wiążące. Działania zaś Odwołującego Zamawiający potraktował jako złożenie wadliwej oferty z samodzielną modyfikacją SIWZ. Z tych przyczyn uznał treść złożonej oferty za nie odpowiadającą SIWZ, a wobec tego podlegającą odrzuceniu na zasadzie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Z powyższymi czynnościami Zamawiającego nie zgodził Odwołujący się i w dniu 4.04.2011r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1, 87 ust. 2 pkt 3, 89 ust. 1 pkt 2, 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz innych wynikających z zamieszczonego uzasadnienia odwołania.

Odwołujący przy tym wnosił o:

- unieważnienie decyzji Zamawiającego w sprawie wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania za taką oferty Konsorcjum firm Pol-Dróg Kościan Sp. z o.o oraz Pol-Dróg Piła sp. z o.o.,
- unieważnienie decyzji Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego jako naruszającej art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp,
- dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznanie za taką oferty Odwołującego.

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wykazał niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Podnosił, że sporządził i złożył ofertę uwzględniając całkowity zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia określony w dokumentacji stanowiącej opis przedmiotu zamówienia, jak również złożył wraz z ofertą kompletny (nie pomijający żadnego zakresu rzeczowego) kosztorys ofertowy wg wzoru Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, iż treść jego oferty potwierdza zobowiązanie wykonawcy do wykonania całkowitego zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia, w tym wybudowanie chodnika nie, zaś jedynie jego przełożenie. Potwierdza powyższe zarówno złożony kosztorys ofertowy (pozycja 6.3, 6.4, 6.5 i 6.6), jak również formularz ofertowy.

Wywodził, iż zgodnie z art. 87 ust 1 ustawy Pzp w trakcie procesu wyjaśniania ofert nie może dochodzić do zmiany treści oferty. Treść oferty pozostaje przez czas związania nią niezmienna i podlega co najwyżej procedurom wyjaśniającym ewentualnego poprawiania omyłek w trybie art. 87 ust 2 Pzp.

Nadto Odwołujący ponownie potwierdził zobowiązanie wykonania całego zakresu rzeczowego zamówienia zgodnie z jego opisem zawartym w SIWZ za cenę zaoferowaną w ofercie.

Dodatkowo kwestionował tezę Zamawiającego o próbie zmiany treści SIWZ przez Odwołującego i to na etapie po złożeniu ofert, z tego powodu, że jest to wyłączna kompetencja Zamawiającego, a poza tym Odwołujący nie kwestionował treści SIWZ i wymagań Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

W dniu 8.04.2011r.do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłoszone przez Eurovia Polska S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonej oferty Odwołującego, wezwania z dnia 2.03.2011r., wyjaśnień Odwołującego z dnia 4.03.2011r., informacji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 30.03.2011r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i pisma procesowego Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający i Przystępujący zgodnie wnosili o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, 89 ust. 1 pkt 2, 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz.759 z póź. zm.).

W pierwszej kolejności Izba rozstrzygnęła jednak wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania na zasadzie art.189 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony.

Izba postanowiła oddalić ten wniosek z tego powodu, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot uprawniony, co wynika z treści załączonego do odwołania pełnomocnictwa i umowy konsorcjum z dnia 15.02.2011 r. na podstawie której POL-DRÓG Kościan sp. z o.o. został ustanowiony przez POL-DRÓG Piła sp. z o.o. liderem konsorcjum, natomiast zakres reprezentacji został określony w § 3 ust. 5 tejże umowy, w którym lider konsorcjum został upoważniony do reprezentacji poprzez korzystanie ze środków ochrony prawnej.

Izba nie podzieliła również stanowiska Przystępującego, iż dla określenia legitymacji prawnej do wniesienia środka ochrony prawnej konieczne jest dodanie w odwołaniu sformułowania, iż lider działa w imieniu konsorcjum. W rozpatrywanym odwołaniu nie było oświadczenia, iż składający je działa w imieniu własnym. Wszystkie zatem okoliczności w jakich zostało odwołanie sporządzone, a następnie złożone odwołanie wskazują, zdaniem

Izby, iż odwołanie zostało wniesione w imieniu konsorcjum, a zatem przez uprawnionego uczestnika przetargu.

Przechodząc jednak do merytorycznego rozpoznania przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, iż jej istota sprowadza się do konieczności udzielenia odpowiedzi na pytanie czy czynności podjęte przez Zamawiającego nie naruszyły przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, a tym samym czy treść złożonej przez Odwołującego oferty w zakresie kwestionowanym przez Zamawiającego pozostawała w zgodzie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby nie zachodziła sprzeczność pomiędzy wskazanymi w ofercie pozycjami od 6.3 do 6.6 (strona 40), a tymi wskazanymi w przedmiarze dotyczącym elementów przebudowy drogi powiatowej nr 3801P Jaromierz – Jażyniec zamieszczonym w SIWZ.

Rzeczowy opis tych pozycji kosztorysowych w ofercie w całości odpowiadał temu z powyższego przedmiaru, a pozycje wartościowo-ilościowe złożonego kosztorysu zostały w sposób kompletny wypełnione w ofercie.

Pełnomocnik Zamawiającego na rozprawie oświadczył, iż treść oferty Odwołującego pozostawała w sprzeczności ze złożonymi przez niego wyjaśnieniami w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie udowodnił jednak tej sprzeczności pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ.

Zdaniem Izby wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie mogą zmieniać wyraźnej treści oferty. Stosownie do przepisu art.87 ust.1 zdanie 2 cyt. ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust.1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany jej treści.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego o dopuszczeniu się samodzielnej modyfikacji treści SIWZ przez Odwołującego Izba nie stwierdziła takiego zachowania po jego stronie. Natomiast działania Zamawiającego poprzez uznanie sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ w istocie prowadziły do zniekształcenia jej pierwotnej treści.

Podanie również przez wykonawcę informacji o dokonaniu wyceny przełożenia chodnika, w sytuacji braku opisu w SIWZ sposobu wykonania zamówienia w tej części z powodu wcześniejszego wykonania chodnika i obrzeża nie może – według Izby - rodzić negatywnych konsekwencji w stosunku do niego, jeżeli jego oferta zawiera wszystkie wymagane treścią SIWZ elementy kosztorysowe.

Izba zwróciła również uwagę, że oferta zawiera wycenę budowy nowego chodnika, co wynika jednoznacznie z symboliki zawartej w kosztorysie technicznym zgodnie z podanym SST.

Izba reprezentuje również pogląd, iż nie jest prawnie dopuszczalne dokonywanie zmiany treści oferty mocą dokonanych wyjaśnień w trybie art.87 ust.1 ustawy Pzp. Instytucja określona w powołanym wyżej przepisie ma na celu dokonanie wyjaśnień oświadczeń wiedzy lub woli wykonawców, które mają istotne znaczenie między innymi w aspekcie oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Nie jest więc uprawnione postępowanie Zamawiającego zmierzające do podważenia poprawnie sporządzonej oferty poprzez konstruowanie dodatkowych warunków, które nie obowiązują na gruncie SIWZ.

Nadto Izba zwróciła uwagę, że Zamawiający na rozprawie przyznał, iż SIWZ nie zawierała zakazu wyceny tych samych pozycji kosztorysowych w sposób odmienny. Izba uznała zatem, iż dokonywanie przez wykonawców kalkulacji miało charakter otwarty, nie ograniczony w zasadzie żadnymi postanowieniami SIWZ.

Ograniczenia takie mogły wynikać jedynie z postanowień rozdziału 18.1 SIWZ wskazującego, iż cena ofertowa musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia w tym czynników, bez których realizacja zamówienia byłaby niemożliwa. Należy zauważyć, iż stosowne oświadczenie w tym zakresie oferta Odwołującego zawierała(str.1 oferty, pkt 4).

Dodatkowo należy wskazać, iż pełnomocnik Zamawiającego na rozprawie zaprzeczył tezom podnoszonym przez Przystępującego w piśmie procesowym z dnia 17.04.2011r.uznając, że w zakresie rażąco niskiej ceny sytuacja taka nie wystąpiła w ofercie Odwołującego.

Poza tym pełnomocnik Zamawiającego oświadczył również, iż nie dopatrył się błędu w obliczeniu ceny i nie dostrzegł w ofercie Odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji. Zatem argumentacja przedstawiona przez Przystępującego w powyższym zakresie ostać się nie mogła.

Wszystkie te działania Zamawiającego stanowiły naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:.....