

Sygn. akt: KIO/UZP 192 / 08

WYROK

z dnia 17 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

**Członkowie: Renata Tubisz
Dagmara Gałczewska-Romek**

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 marca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Bilfinger Berger Polska S.A. ul. Robotnicza 11-13, 02-261 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok** protestu z dnia **14 lutego 2008 r.**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum Firm: STRABAG Sp. z o.o. ul. Brechta 7, 00-472 Warszawa, Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. ul. Hryniewicze 75/1, Białystok,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1 oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Bilfinger Berger Polska S.A. ul. Robotnicza 11-13, 02-261 Warszawa**

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 **Bilfinger Berger Polska S.A. ul. Robotnicza 11-13, 02-261 Warszawa**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 z 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Bilfinger Berger Polska S.A. ul. Robotnicza 11-13, 02-261 Warszawa** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł XXX 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 **Bilfinger Berger Polska S.A. ul. Robotnicza 11-13, 02-261 Warszawa**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę drogi krajowej Nr 66 Zambrów – Wysokie Mazowieckie - Bielsk Podlaski – Połowce – granica państwa, na odcinku Zambrów - Osipy, od km 0+000 do km 16+ 600 oraz drogi krajowej nr 63 Łomża – Zambrów od km 169+100 do km 169+405, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE 2007/S 195 – 237013), w dniu 15 lutego 2008 r. faksem został złożony protest z dnia 14 lutego 2008 r. przez Bilfinger Berger Polska S.A. z Warszawy.

Wniesienie protestu nastąpiło w następstwie powiadomienia w dniu 11 lutego 2008 r. o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o otrzymanej ocenie punktowej ofert w odniesieniu do:

I. Konsorcjum, w skład którego wchodzi;

- STRABAG Sp. z o.o. z Warszawy (jako Lider),
- Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z Białegostoku

zwanego dalej Konsorcjum - STRABAG Sp. z o.o.

II. Konsorcjum, w skład którego wchodzi;

- Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Spółka z o.o. z Mińska Mazowieckiego (jako Lider),
- Przedsiębiorstwo Budowy dróg „Bitum” Sp. z o.o. z Zambrowa,
- Zakład Budowlano Drogowy „SJ” Szymański -Jarząbek S.J. z Zambrowa,
- Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych „TRAKT” z Wysokiego Mazowieckiego,
- Przedsiębiorstwo Drogowo Mostowe „MAKSBUD” Sp. z o.o. z Bielska Podlaskiego,

zwanego dalej Konsorcjum - Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o.

Zakwestionowane zostały czynności Zamawiającego dokonania wyboru oferty Konsorcjum - STRABAG Sp. z o.o. oraz sklasyfikowania na drugiej pozycji w jedynym kryterium ceny, oferty Konsorcjum - Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku naruszenie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r.

Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 223, poz. 1655), to jest:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum - Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. oraz Konsorcjum - STRABAG Sp. z o.o. jako nie odpowiadających treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ze względu na odstępstwa w kosztorysach ofertowych w stosunku do opisów robót wskazanych pozycji przedmiaru.
2. art. 2 pkt 5 Pzp, art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum - STRABAG Sp. z o.o. oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i nie

podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący złożył również kolejny protest z dnia 22 lutego 2008 r. (doręczony 25 lutego 2008 r.) na czynność Zamawiającego polegającą na poprawieniu oczywistych pomyłek pisarskich w kosztorysach ofertowych wymienionych Konsorcjów, ujawnionych i opisanych przez Odwołującego w jego proteście z dnia 14 lutego 2008 r., o której to czynności Zamawiający powiadomił uczestników postępowania pismem z dnia 20 lutego 2008 r.

Odwołujący w proteście z dnia 22 lutego 2008 r. zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 1 zdanie 2 oraz art. 87 ust. 2 Pzp, poprzez bezprawne poprawienie w kosztorysach ofertowych obydwu Konsorcjów błędów oraz odstępstw od dokumentacji (przedmiarów), bezzasadnie potraktowanych jako oczywistych pomyłek pisarskich.

Do postępowania wywołanego wniesieniem protestu z dnia 14.02.2008 r. przystąpiło Konsorcjum – Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o.

Do postępowania protestacyjnego przystąpiło również Konsorcjum -STRABAG Sp. z o. o., pismem z dnia 21.02.2008 r. w odpowiedzi na wezwanie z dnia 18.02.2008 r. Pismem z dnia 26.02.2008 r. Zamawiający oddalił protest z dnia 14.02.2008 r. jako bezzasadny. W treści tego rozstrzygnięcia ponownie poinformował o poprawkach jakich dokonał w trybie art. 87 ust. 2 w kosztorysach ofertowych obydwu Konsorcjów, natomiast nie odniósł się do zarzutów protestu Odwołującego z dnia 22 lutego 2008 r. w sensie jego merytorycznego rozstrzygnięcia.

Protest Odwołującego z dnia 22 lutego 2008 r. Zamawiający oddalił poprzez pozostawienie bez rozpatrzenia. Odwołujący na to rozstrzygnięcie nie wniósł osobnego odwołania.

W odwołaniu wniesionym drogą pocztową w dniu 3 marca 2008 r. z kopią przekazaną Zamawiającemu faksem w tym samym dniu, zostały podtrzymane zarzuty protestu z dnia 14 lutego 2008 r. jak i protestu z dnia 22 lutego 2008 r. wraz z wnioskami o:

1. nakazanie odrzucenia ofert Konsorcjum - STRABAG Sp. z o.o. oraz Konsorcjum - Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o.
2. nakazanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej i nie podlegającej odrzuceniu.
3. dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność odstępstw w kosztorysach ofertowych Konsorcjów od

dokumentacji i wpływu tych zmian na obliczenie ceny.

Do postępowania odwoławczego w dniu 14.03.2008 r. przystąpiło Konsorcjum Strabag Sp. z o.o., określając swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania, przedmiaru robót, ofert obydwu Konsorcjów wraz z kosztorysami ofertowymi.

Skład orzekający KIO nie uwzględnił wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa, gdyż materiał dowodowy sprawy jest wystarczający, jako podstawa rozstrzygnięcia.

Nadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje.

Termin związania ofertą został wyznaczony na 60 dni i został przedłużony o kolejne 30 dni, rozpoczął swój bieg od dnia 20.12.2007 r., z uwzględnieniem okresów zawieszenia z powodu złożonych protestów.

Jak wynika z protokołu postępowania druk ZP – 12 zostało złożonych 5 ofert. W postępowaniu uczestniczą nadal:

- Konsorcjum - STRABAG Sp. z o.o., z ceną oferty 60 883 414,04 zł.
- Konsorcjum - Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., z ceną oferty 65 831 238,02 zł.
- Bilfinger Berger Polska S.A., z ceną oferty 66 138 174,50 zł.
- Budimex Dromex S.A., z ceną oferty 92 990 222,99 zł.

Oferty wymienionych wyżej wykonawców pozostają zabezpieczone wadium do dnia 30 kwietnia 2008 r.

Jak wynika z tomu I rozdział 1 pkt 11 podpunkt 1 - 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz z par. 6 wzoru umowy, wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, co strony zgodnie przyznały.

W specyfikacji Zamawiający postanowił:

Pkt 11.1

Cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone według wzoru formularza nr 2,

Podstawą obliczenia ceny oferty są przedmiary robót zamieszczone w tomie V SIWZ

Pkt 11.2

Kosztorysy ofertowe, należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w przedmiarach. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarach oraz wyliczy cenę kosztorysu brutto.

Pkt 11.3

Wyliczone w kosztorysach ofertowych wartości netto za wykonanie poszczególnych elementów robót wykonawca powinien wpisać do zbiorczego zestawienia kosztów oraz w tym zestawieniu wyliczyć cenę oferty brutto.

Pkt 11.4

Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarach. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do przedmiarów robót.

Wszystkie błędy ujawnione w dokumentacji projektowej, w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz w przedmiarach robót wykonawca powinien zgłosić zamawiającemu w ustawowym terminie na udzielnie wyjaśnień.

Pkt 11.6

Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w tomach II-V siwz. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w przedmiarach i w zbiorczym zestawieniu robót nie ujęto w odrębnych pozycjach, wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w przedmiarach robót.

W tomie I pkt 15.8 , 15.10 i 15.11 siwz Zamawiający uznał za niedopuszczalne dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty, poza poprawianiem oczywistych omyłek pisarskich i omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny.

Zarzuty z protestu Odwołującego z dnia 22 lutego 2008 r., wniesionego 25 lutego 2008 r. dotyczące naruszenia art. 87 ust. 2 Pzp, to jest bezprawnego sprostowania pomyłek w kosztorysach ofertowych wskazanych wykonawców, nie mogły być skutecznie podnoszone w odwołaniu wniesionym w dniu 3 marca 2008 r. na rozstrzygnięcie protestu z dnia 14 lutego 2008 r., będącego przedmiotem rozpatrzenia w niniejszej sprawie.

Zgodnie z art. 191 ust. 3 zadanie pierwsze Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza jest władna rozpatrywać wniesione odwołanie w granicach zarzutów protestu, w tym przypadku protestu z dnia 14 lutego 2008 r. Z tych względów zarzuty i wnioski odwołania odnoszące się do czynności Zamawiającego, zakwestionowanych w proteście z dnia 22 lutego 2008 r. Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu z dnia 14 lutego 2008 r. w aspekcie zgodności treści ofert, z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Krajowa Izba Odwoławcza, po przeanalizowaniu kwestionowanych pozycji w kosztorysach ofertowych wykonawców i skonfrontowaniu ich z odnośnymi pozycjami przedmiarów, gdyż dowodu z odmiennego opisu wymaganych pozycji w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót Odwołujący nie przedstawił, podzieliła stanowisko Odwołującego w części zarzutów odnoszących się do oferty Konsorcjum - Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o.

Według wymienionych niżej pozycji przedmiaru na roboty drogowe, wykonawca winien zaoferować rozebranie podbudowy z betonu cementowego, odpowiednio:

Poz. 24 grubość 13 cm - ilość 2 609 m³

Poz. 25 „ 14 cm - „ 3 575 m³

Poz. 26 „ 16 cm - „ 14 515 m³

Poz. 27 „ 18 cm - „ 2 300 m³

Poz. 28 „ 21 cm - „ 10 460 m³

Wskazane Konsorcjum, w odnośnych pozycjach kosztorysu ofertowego zaoferowało rozebranie w/w ilości materiałów podbudowy ale wykonanych z gruntu stabilizowanego.

W ocenie Izby, zaoferowany rodzaj robót nie jest tożsamy z określonym w przedmiarze, będącym częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem zachodzi istotna różnica pomiędzy oznaczeniem materiału podlegającego rozbiórce „beton cementowy” a „grunt stabilizowany.”

Złożona oferta w pełnym brzmieniu jej zapisów, jako oświadczenie woli jest wiążąca. Zakres świadczenia wykonawcy, stosownie do postanowień art. 140 ust. 1 Pzp jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, z obowiązkiem wzajemnym Zamawiającego przyjęcia świadczenia w kształcie określonym ofertą, jedynie z wyjątkiem określonym w art. 140 ust. 3 Pzp, który przewiduje nieważność umowy w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia. Należy też konsekwentnie przyjąć, że Konsorcjum Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp.

z o.o. wyceniło przedmiotowy zakres robót, tak jak wymagają tego nakłady dla rozbiórki podbudowy z gruntu stabilizowanego, a za dodatkowe nakłady przy rozbiórce podbudowy z betonu cementowego Zamawiający byłby zobowiązany rozliczyć się wg kosztorysu powykonawczego.

Ponadto należy podkreślić, że brak tożsamości przedmiotu wyceny, uniemożliwia prawidłowe porównanie złożonych ofert w kryterium ceny. Porównywalność ofert, jest niezbędnym czynnikiem dla oceny właściwego przestrzegania zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, jako podstawowej zasady w procedurze udzielania zamówień publicznych.

W tej sytuacji skład orzekający KIO podziela argumentację Odwołującego, że treść oferty, stanowiąca zarazem treść zobowiązania o przedmiotowo istotnym zakresie nie odpowiada treści SIWZ, zatem oferta Konsorcjum - Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. podlegałaby odrzuceniu stosownie do postanowień art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W pozostałej części Izba uznała, że zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

W nagłówku do pozycji 9 i 10 kosztorysu ofertowego na przepust 9 w km 8+640 w ciągu drogi krajowej 66 odc. Zambrów – Osipy, obydwu Konsorcjów brak jest oznaczonego w odniesieniu do robót ziemnych wykopu w gruntach kategorii I-V określenia „niespoistych,” lecz w pozycji 9 i 10 jest oznaczony wymagany sposób wykonania mechaniczny 403,3 m³ oraz ręczny 29,3 m³ z transportem urobku, na odległość powyżej 15 km, co pozwala na ocenę poprawności opisu i wyceny kosztorysów ofertowych, w zakresie tej pozycji.

Zapis „wykopy w gruntach I-V kategorii (w gruncie ...” niedokończone), wskazuje na przypadkowe opuszczenie wyrazu „niespoistych”, a opuszczenie wyrazu dotyczy elementu kosztorysu, nie podlegającego wycenie.

W odniesieniu do pozycji 100 i 101 kosztorysu ofertowego – roboty teletechniczne Konsorcjum Strabag Sp. z o.o., należy uznać, że pozycje te dotyczą złączy przelotowych do montażu kabla światłowodowego, zatem ilość materiału, jego rodzaj (złączy) jest podana prawidłowo, niezależnie od rodzaju, miejsca montażu złączy, czy to w kanalizacji czy w rurociągu.

W zakresie robót dotyczących kabla światłowodowego MNI SA w nagłówku przed pozycją 108 (bez wyceny) użyte jest określenie „przełożenie kabla

światłowodowego”.

Natomiast w nagłówku po pozycji 112, dotyczącej tych samych robót, Konsorcjum Strabag Sp. z o.o. Użyło określenie „przebudowa kabla”, zamiast przełożenie.

Szczegółowy zakres wykonania robót dotyczących kabli światłowodowych wynika z pozycji kosztorysowych podlegających wycenie, które nie zostały zakwestionowane.

Izba podzieliła stanowisko Przystępującego do odwołania, że użyte określenie (przebudowa) jest pojęciem szerszym i mieści w sobie przełożenie kabla.

Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego w szczególności z odmiennego opisu technologii robót, zawartego w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

Mimo częściowej zasadności zarzutów, na przeszkodzie uwzględnieniu odwołania zaważył fakt, że poprzez nie złożenie odwołania na rozstrzygnięcie protestu z dnia 22 lutego 2008 r. (oddalonego poprzez brak rozpatrzenia), czynności Zamawiającego, związane z poprawieniem pomyłek w kosztorysach Konsorcjów, stały się ostateczne, jak stanowi art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ponadto nie można stwierdzić, że interes prawny Odwołującego doznał lub może doznać uszczerbku, skoro wybór najkorzystniejszej oferty Konsorcjum - Strabag Sp. z o.o. nie podlega wzruszeniu. Izba nie stwierdziła, że czynność ta naruszyła art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. i art. 91 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, gdyż nie zachodzą podstawy do nakazania Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazania ponownej oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Za uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika Izba uznała kwotę 3 600, 00 zł na podstawie par. 4 ust. 1 pkt 2b Rozporządzenia 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. 128 poz. 8 8 6) w oparciu o przedstawiony rachunek.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 Białymstoku.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*