

Sygn. akt: KIO/UZP 718/08

WYROK
z dnia 28 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**

Członkowie: **Magdalena Grabarczyk**
Luiza Łamejko

Protokolant: **Natalia Mierzicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 lipca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A., ul. Nad Bytomką 1, 44-100 Gliwice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Racibórz, ul. Stefana Batorego 6, 47-400 Racibórz** protestu z dnia **03.07.2008 r.**

przy udziale **Konsorcjum Firm: Zakład Brukarski Remigiusz Trawiński oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., ul. Solna 25, 47-400 Racibórz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Racibórz, ul. Stefana Batorego 6, 47-400 Racibórz

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 **Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A., ul. Nad Bytomką 1, 44-100 Gliwice;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Miasto Racibórz, ul. Stefana Batorego 6, 47-400 Racibórz** na rzecz **Przedsiębiorstwa Remontów Ulic i Mostów S.A., ul. Nad Bytomką 1, 44-100 Gliwice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (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 **Przedsiębiorstwa Remontów Ulic i Mostów S.A., ul. Nad Bytomką 1, 44-100 Gliwice.**

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

Zamawiający, Miasto Racibórz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane p.n. „Przebudowa skrzyżowania ulic Kozielskiej, Londzina, Mariańskiej i Mikołaja w Raciborzu”. W dniu 19 maja 2008 r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 105227-2008. W tym samym dniu nastąpiła publikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 1 lipca 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach i o odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Zakład Brukarski, Remigiusz Trawiński i Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu zwane dalej Konsorcjum Zakład Brukarski. W dniu 3 lipca 2008 r. na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wniosło protest Konsorcjum Zakład Brukarski zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art.24 ust. 2 pkt 3 i ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „Pzp” poprzez nie wykluczenie wykonawcy oraz nie odrzucenie oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Protestujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Sp. z o.o.,
2. wykluczenie Przedsiębiorstwa Remontów Ulic i Mostów Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 25 ust. 1 i 2 Pzp,
3. odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Remontów Ulic i Mostów Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 Pzp,
4. unieważnienie postępowania i ponowne wszczęcie procedury o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego.

W uzasadnieniu Protestujący podał, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza nie uwzględnia zmian siwz, dokonanych przez Zamawiającego w wyniku wyjaśnień udzielonych w odpowiedzi na pytania wykonawców, dotyczących pozycji, które należało uwzględnić w kosztorysie ofertowym. Wskazał na błędy w kosztorysie ofertowym złożonym w ofercie przez Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Sp. z o.o., dotyczące opisu pozycji, ilości przedmiarowych oraz błędy dotyczące nie wycenionych elementów robót.

W dniu 7 lipca 2008 r. Odwołujący - Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A. (przed przekształceniem Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Sp. z o.o.) zgłosił przystąpienie do postępowania wszczętego w wyniku wniesienia protestu, uzasadniając swój interes prawny w uzyskaniu zamówienia, podnosząc że złożył ofertę uznaną przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. W przystąpieniu Odwołujący wniósł o odrzucenie protestu i utrzymanie wyboru najkorzystniejszej oferty. W ocenie Odwołującego protest jest niezasadny, ponieważ został wniesiony przez wykonawcę, który nie wykazał interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Podniósł, że ww. wykonawca nie jest uprawniony do wnoszenia protestu, skoro jego oferta została odrzucona w wyniku uwzględnienia protestu z dnia 23 czerwca 2008 r., do którego to postępowania nie zgłosiło przystąpienia Konsorcjum Zakład Brukarski pomimo zawiadomienia wykonawcy przez Zamawiającego w dniu 25 czerwca 2008 r. Protest powyższy został zatem ostatecznie rozstrzygnięty, a wobec tego Zamawiający dokonał czynności ponownej oceny ofert zgodnie z tym rozstrzygnięciem (art. 181 ust. 6 Pzp). Ponadto bezpodstawne zarzuty co do treści oferty Odwołującego miały posłużyć do unieważnienia postępowania.

Pismem z dnia 8 lipca 2008 r., przekazanym Odwołującemu w tym samym dniu, Zamawiający uwzględnił protest w części obejmującej żądanie Protestującego unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania ponownej oceny oferty wybranej. Zamawiający stwierdził, że w wyniku protestu powziął wiedzę, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - zawiera błędy opisu pozycji w ofercie „Przebudowa sieci teletechnicznej NETIA S.A.” i „Teletechnika TP S.A.” oraz nie uwzględnia wycenienia elementów robót zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 3 czerwca 2008 r.

nr 1g, dotyczącą złączy kabli powyżej 10 par (z dokumentacji wynika wykonanie 7 szt. złączy).

Od rozstrzygnięcia protestu w części obejmującej jego uwzględnienie, w dniu 11 lipca 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jednocześnie (w tym samym dniu) kopię odwołania Zamawiającemu. W odwołaniu Odwołujący podtrzymał stanowisko i wnioski zawarte w przystąpieniu do protestu (pismo z dnia 7 lipca 2008r.). Odwołujący wskazał, że Zamawiający uwzględnił protest, który był niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6 Pzp. Wniósł w odwołaniu o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W dniu 21 lipca 2008 r. (pismem z dnia 17 lipca 2008 r.) Konsorcjum Zakład Brukarski zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację akt sprawy przekazaną przez Zamawiającego oraz wyjaśnienia Odwołującego, złożone na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza zbadała istnienie interesu prawnego po stronie Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniającego do korzystania przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która na tym etapie jest jedyną ofertą, która nie została odrzucona. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w trakcie postępowania mogłoby zatem spowodować uszczerbek w interesie prawnym Odwołującego, poprzez uniemożliwienie wykonawcy uzyskania zamówienia.

W toku rozprawy Odwołujący ustosunkował się do zarzutów dotyczących niezgodności z treścią siwz treści złożonej przez niego oferty, a tym samym naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami Pzp. W szczególności przedstawił argumentację w celu wykazania, iż zarzuty są nieuzasadnione.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił wynagrodzenie jako kosztorysowe. Wskazują na powyższe zapisy siwz w § 14 ust. 2, w którym Zamawiający wskazał, iż „podana cena ofertowa jest wynagrodzeniem kosztorysowym”. W ust. 3

natomiast, że „ Wykonawca określi ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w przedmiarze robót poprzez załączenie kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą uproszczoną.” O kosztorysowym charakterze wynagrodzenia świadczą także regulacje dotyczące wynagrodzenia za realizację przedmiotu umowy, zawarte w projekcie umowy stanowiącym załącznik do siwz. W § 5 ust. 2 Zamawiający określił wprost, iż „wynagrodzenie [...] jest tzw. wynagrodzeniem kosztorysowym”, natomiast w ust. 3 przewidział, że rozliczenie robót będzie odbywało się na podstawie cen jednostkowych robót zawartych w kosztorysach ofertowych.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w siwz przy pomocy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiaru robót oraz wymagał złożenia w ofercie kosztorysu ofertowego wykonania robót objętych przedmiotem zamówienia.

Udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców (pisma z dnia 3 czerwca 2008 r.) Zamawiający dokonał wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyjaśnienia powyższe, dotyczące pozycji kosztorysów złożonych w ofercie Odwołującego, co do których Zamawiający uwzględnił protest, w szczególności odpowiedzi na pytania nr 1c, 1d i 2 e wskazują, iż w kosztorysach ofertowych należało przyjąć do budowy kanalizacji technicznej rury „ Jak w zestawieniu materiałów dokumentacji”, typ rur do budowy przejść pod drogami i skrzyżowaniami z innymi mediami „ Jak w zestawieniu materiałów dokumentacji” oraz uwzględnić w wycenie pozycji 9 przedmiaru robót rury „Jak w zestawieniu materiałów (dokumentacji)”. Biorąc pod uwagę treść udzielonych odpowiedzi Izba zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego, że Zamawiający nie żądał od wykonawców wprowadzenia zmian w opisie poszczególnych ww. pozycji kosztorysów poprzez zmianę opisu pozycji za pomocą wpisania w każdej z tych pozycji nazwy konkretnego wyrobu. Z powyższych odpowiedzi Zamawiającego wynika jednoznacznie, że przy opracowaniu kosztorysów i wycenie robót wykonawcy powinni wziąć pod uwagę zapisy zawarte w dokumentacji technicznej jako wiążące. W ocenie Izby wpisanie przez Odwołującego w tych pozycjach adnotacji w zakresie numeru odpowiedzi na pytanie z dnia 3 czerwca 2008r. jest oświadczeniem wykonawcy, że uwzględnił on w ofercie wyjaśnienia Zamawiającego w pełnym zakresie. W tym stanie faktycznym nieuprawnione jest twierdzenie, że oferta złożona przez Odwołującego zawiera błędy w opisie pozycji w ofercie „Przebudowa sieci teletechnicznej NETIA S.A.” i „Teletechnika TP S.A.”

W zakresie zarzutu dotyczącego nie uwzględnienia w wycenie przez Odwołującego elementów robót zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 3 czerwca 2008 r. nr 1g, dotyczącą złączy kabli powyżej 10 par, Izba stwierdziła, że z odpowiedzi na pytanie nr 1g wynika konieczność uwzględnienia przez wykonawców w kosztorysie ofertowym wyceny pozycji, dotyczących wykonania złączy kabli powyżej 10 par, których brak w przedmiarze

robót. Zamawiający stwierdził jednoznacznie, że takie pozycje powinny być uwzględnione w kosztorysie ofertowym. W tym samym dniu (3 czerwca 2008 r.) Zamawiający wyjaśnił także (odpowiedź na pytanie nr 6), że m.in. w zakresie objętym odpowiedzią na pytanie nr 1g tj. złączy kabli „uwzględnić w wycenie” oznacza, że „należy dopisać nowe pozycje kosztorysowe jako kalkulacja własna”. Sposób uwzględnienia tych pozycji w kosztorysie ofertowym Odwołującego zgadza się w pełni z powyższym zaleceniem. Odpowiednie, w tym zakresie, pozycje zostały dopisane po pozycji nr 27 (strona 16 oferty). Jak wyjaśnił Odwołujący na rozprawie, ze względów technologicznych złącza kabli wliczone są jako elementy budowy odcinka kabla i zostały przewidziane w ilości zgodnej z dokumentacją projektową i techniczną. Wobec powyższego zarzut dotyczący braku wyceny robót obejmujących wykonanie złączy kabli powyżej 10 par Izba uznała za niezasadny.

Izba stwierdziła, że treść oferty Odwołującego nie narusza również postanowienia Zamawiającego zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (§ 14.4.lit. a siwz), iż „ Niedopuszczalne jest wprowadzenie zmian ilościowych, technologicznych, materiałowych w poszczególnych pozycjach w odniesieniu do parametrów określonych przez Zamawiającego”. Zamawiający nie wykazał, że oferta złożona przez Odwołującego jest niezgodna z dokumentacją techniczną i projektową, dołączoną do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dodatkowo Izba odniosła się do argumentacji Odwołującego, podniesionej w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu i w odwołaniu, dotyczącej braku wypełnienia przez Konsorcjum Zakład Brukarski przesłanek uprawniających do wniesienia protestu (art. 179 ust. 1 i art. 180 ust.7 Pzp).

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że Konsorcjum Zakład Brukarski nie jest podmiotem nieuprawnionym do wniesienia protestu. Konsorcjum Zakład Brukarski jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp tj. złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, a zatem podmiotem, któremu przysługuje uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby, przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego w sposób prawidłowy, zgodny z przepisami Prawa zamówień publicznych leży w interesie wszystkich wykonawców, którzy zgodnie z przepisem art. 2 pkt 11 Pzp będąc osobą fizyczną, osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej ubiegają się o udzielenie zamówienia, złożyli ofertę lub zawarli umowę w sprawie zamówienia publicznego. Naruszenie przepisów Pzp poprzez wybranie oferty najkorzystniejszej, która nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia skutkowałoby bowiem zawarciem nieważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła także, że na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dokonaną przez Zamawiającego w dniu 1 lipca 2008 r. przysługiwał protest, z uwagi na fakt, iż protest

wniesiony przez Odwołującego w dniu 23 czerwca 2008r. na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum Zakład Brukarski obejmował zarzuty dotyczące wyłącznie oferty wybranej. Skoro zatem protest z dnia 23 czerwca 2008 r. (ostatecznie rozstrzygnięty w dniu 30 czerwca 2008 r.) zawierał wyłącznie zarzuty dotyczące oferty złożonej przez Konsorcjum Zakład Brukarski, to nie mogło nastąpić wyczerpanie możliwości wniesienia protestu na czynność Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Sp. z o.o., co nastąpiło na skutek odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Zakład Brukarski. Wykonawca, zgłaszając przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu jest zobowiązany określić swoje żądania, ale wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w proteście (art. 181 ust. 5 Pzp.) W przedmiotowym postępowaniu, zgłoszenie zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mogło wobec tego nastąpić w proteście, dopiero po dokonaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, unieważniając czynność Zamawiającego unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zarzutów objętych odwołaniem, którą to czynność Zamawiający dokonał poprzez powtórzenie czynności badania oferty Odwołującego, na co wskazuje okoliczność uwzględnienia protestu wniesionego przez Konsorcjum Zakład Brukarski.

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

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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*