

Sygn. akt KIO/UZP 54/07

WYROK
z dnia 11.01.2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Członkowie: Grzegorz Mazurek
Andrzej Niwicki
Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu / w dniach* 11.01.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: POLDIM S.A., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe SADEX Janusz Sadlik, Tarnów, Ul. Kochanowskiego 37A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich, Lublin, ul. Turystyczna 7A** protestu / ~~protestów~~* z dnia 28.11.2007 r.

przy udziale **Strabag Sp. z o.o., Warszawa, ul. B. Brechta 7** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego- po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Dróg Wojewódzkich, Lublin, ul. Turystyczna 7A**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: POLDIM S.A., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe SADEX Janusz Sadlik, Tarnów, Ul. Kochanowskiego 37A.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich, Lublin, ul. Turystyczna 7A** na rzecz **Konsorcjum: POLDIM S.A., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe SADEX Janusz Sadlik, Tarnów, Ul. Kochanowskiego 37A,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa procesowego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: POLDIM S.A., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe SADEX Janusz Sadlik, Tarnów, Ul. Kochanowskiego 37A.**

Uzasadnienie

Pismem z dn.28.11.2007r. w imieniu konsorcjum firm : POLDIM S.A. w Tarnowie , 33 -100 Tarnów ul. Kochanowskiego 37 A – Lider Konsorcjum zwany dalej POLDIM S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe “SADEX” Janusz Sadlik , Kolonia Sitno 84, 22 – 184 Sitno złożyło protest w postępowaniu na “Przebudowę drogi wojewódzkiej 812 Biała Podlaska – Wisznica – Włodawa – Chełm – Rejowiec - Krasnystaw na od km : 99+418,50 do km120+517 od km 122+ 646 do km133+900, zadanie I (II etap realizacji projektu) : roboty na odcinku od km111+123,32do km120+517 (Sawin-Chełm) i zadanie II (III etap realizacji projektu) : roboty na odcinku od 122+ 646 do km 133 + 900 (Chełm-Rejowiec).

Przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego : Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie ul. Turystyczna 7a , 20-2007 Lublin, zwany dalej Zamawiającym.

W złożonym proteście w imieniu konsorcjum przez Lidera firm to jest POLDIM S.A. zarzucono Zamawiającemu dokonanie czynności unieważnienia postępowania w zakresie Zadania II z powołaniem się na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie było można wcześniej przewidzieć, w sytuacji gdy okoliczności takie faktycznie nie mają miejsca, co stanowi naruszenie art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazując na to uchybienie Protestujący w imieniu konsorcjum lider POLDIM SA wniósł o unieważnienie postępowania w zakresie Zadania II, powtórzenie czynności oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania II, dokonanie wyboru oferty Protestującego jako oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania II.

Protestujący posiada interes prawny we wniesieniu protestu, ponieważ pozbawiono go tą decyzją uzyskania zamówienia z uwagi na to, że jego oferta według obowiązujących kryteriów oceny ofert jest najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu protestu wskazano, iż Zamawiający pismem z dn.07.11.2007r. zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez STRABAG SA Sp. z o.o. ul. Brechta 7, 03-472 Warszawa, gdyż zawierała ona najkorzystniejszą cenę z ofert nie odrzuconych. Z pisma tego wynikało również, że Protestujący został wykluczony z postępowania na podstawie art.24 ust.1 pkt 10 , a jego oferta została odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4 w związku z art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy PZP.

Na powyższe Protestujący w dniu 13.11.2007r. wniósł protest, który został uwzględniony w dn.23.11.2007r. W wyniku tej decyzji Zamawiającego unieważniono czynność wyboru najkorzystniejszej oferty STRABAG SA oraz czynność wykluczenia konsorcjum firm reprezentowanego przez POLDIM SA z postępowania.

Jednocześnie pismem z dn. 23.11.2007r. Zamawiający powiadomił o unieważnieniu postępowania, na które składany jest niniejszy protest. W uzasadnieniu unieważnienia Zamawiający wskazał, że w postępowaniu popełniono błąd w określeniu ilości robót. Co spowodowało zawyżenie wyceny robót, które nie będą wykonane przez wykonawców. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że cena za roboty jest ceną ryczałtową, a zabronione jest negocjowanie co do złożonej oferty w myśl art. 87 ust.1 ustawy Pzp.

Protestujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, ponieważ jego zdaniem nie wystąpiły przesłanki do unieważnienia postępowania na podanej przez Zamawiającego podstawie prawnej. Przede wszystkim dlatego, że błąd dotyczy treści załącznika do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli istniał w chwili wszczęcia postępowania. Błąd powstał na skutek zaniedbań Zamawiającego, więc odpada przesłanka, że nie można go było przewidzieć oraz istotny jest fakt, że istniał w dacie wszczęcia postępowania, a nie powstał dopiero później. Wskazane przez Zamawiającego okoliczności leżą w jego sferze wewnętrznej i nie noszą charakteru obiektywnego i nieprzewidywalnego.

Protestujący również podnosi, że nie wystąpiła przesłanka, iż zamówienie nie leży w interesie publicznym, ponieważ nie można go oceniać tylko z punktu widzenia wewnętrznych uwarunkowań Zamawiającego. Czyli jest to pojęcie, które nie należy wiązać z interesem tylko samego Zamawiającego. Tym bardziej, że unieważnienie postępowania ogranicza prawa wykonawców do uzyskania zamówienia. Wskazany brak ekonomiki po stronie Zamawiającego wynika z błędu Zamawiającego, który go obciąża i przerzucanie jego skutku na wykonawców jest całkowicie bezzasadne.

Do protestu załączona zostaje tabela ilości i wartości robót przedstawiająca różnice w ilości robót przewidzianych w zał. Nr 6 do siwz - tabela poszerzeń konstrukcji w ilości robót rzeczywiście potrzebnych do wykonania według szacunków zostały przez Zamawiającego zawyżone.

Do postępowania protestacyjnego w dniu 03.12.2007r., przystąpił STRABAG Sp. z o.o. określając, że przystępuje po stronie Zamawiającego i wnosi o utrzymanie przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania. Interes prawny Przystępującego wyraża się w tym, że postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą dokonanie oceny i porównania ofert, a dalsze jego prowadzenie byłoby wbrew zasadom prawa zamówień publicznych, a przede wszystkim równego traktowania wszystkich wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zdaniem Przystępującego wystąpiły wszystkie przesłanki unieważnienia postępowania. Po pierwsze zmiana okoliczności to błędne określenie ilości robót w przedmiarach przez Zamawiającego, przez co żaden wykonawca nie mógł określić w sposób jednoznaczny i właściwy przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji Zamawiający nie będzie mógł dokonać oceny i porównania ofert.

Druga przesłanka to jest prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym również została spełniona, ponieważ wykonawca otrzymał by wynagrodzenie za roboty, których nie może wykonać ponieważ nie przewiduje ich projekt wykonawczy. Natomiast Zamawiający musiałby wydatkować wynagrodzenie za roboty, które nie zostały wykonane co narusza ustawę o finansach publicznych.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 04.12.2007r. poprzez jego oddalenie jako bezzasadnego.

Zamawiający w uzasadnieniu stwierdził, że unieważnienie postępowania jest możliwe w przypadku spełnienia kumulatywnego przesłanek określonych w art.93. Ust 1 .pkt 6 ustawy Pzp. Jako istotną okoliczność Zamawiający określa fakt wykrycia błędu w zał. Nr 6 do siwz, polegającego na błędnym określeniu ilości robót. Przy czym Zamawiającego nie można obarczać winą, ponieważ to nie jego pracownicy wykonywali prace projektowe w tym przedmiary robót, a dokumentacja była zlecona w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego profesjonalnym wykonawcom. Zamawiający nie zgadza się ze stwierdzeniem Protestującego, iż Zamawiający identyfikuje interes publiczny ze swoimi wewnętrznymi zdarzeniami sprowadzającymi się do ekonomiki. Bowiem obowiązkiem Zamawiającego jest przestrzeganie ustawy o finansach publicznych, która zobowiązuje go do wydatkowania środków publicznych w sposób celowy, oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania jak najlepszych efektów z poczynionych nakładów. Stąd niewłaściwe wydatkowanie środków publicznych nie leży w interesie Zamawiającego. Tak więc kontynuowanie zamówienia, w sytuacji gdy część przewidzianych w przedmiarze robót nie będzie wykonywanych zgodnie z istniejącym projektem wykonawczym, stanowi rażące naruszenie art. 35 ust.3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych i dlatego nie leży w interesie publicznym, a wykrycie błędów stanowi istotną zmianę okoliczności.

Pismem z dnia 10.12.2007r. Odwołujący złożył odwołanie wywodząc i wnosząc jak w proteście.

Pismem z dnia 20.12.2007r. STRABAG SA przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Zespół orzekający Izby ustalił i zważył co następuje :

Na podstawie dokumentacji przetargowej ustalono następujący stan faktyczny.

W dniu 06.11.2007r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy STRABAG SA z oraz wykluczeniu z postępowania Odwołującego na podstawie art.24 ust.1 pkt10 oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 w związku z art.24 ust.4 ustawy z dn.20.01.2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2006r. Nr 164 , poz. 1163 z późn.zm.) zwanej dalej ustawą.

W dniu 13.11.2007r. Odwołujący złożył protest wnosząc o unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty firmy STRABAG i unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W dniu 23 .11.2007r. Zamawiający uwzględnił protest Odwołującego i unieważnił czynność wyboru oferty STRABAG SA oraz czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W tym samym dniu (dn. 23.11.2007r.) Zamawiający podjął czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy.

W uzasadnieniu decyzji Zamawiający podał, że wykryto błędy w załączniku do przedmiarów – Zał. Nr 6 – tabela poszerzeń konstrukcji , stanowiąca zał. do siwz , polegające na błędnym określeniu ilości robót i tak:

1. poz.nr 41-jest23.963,00 mkw. a powinno być (według szacunków)21.468,70m.kw.
2. poz.nr 45- jest19.026,80 mkw a powinno być (według szacunków)16.528,19mkw,
3. poz.nr 46-jest28.014msześć.a powinno być (według szacunków)14.596,06msześć.

Zamawiający stwierdził, że błędne ilości nie są możliwe do wbudowania, ponieważ byłoby to niezgodne z projektem wykonawczym i szczegółowymi specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót.

Zamawiający dalej stwierdził, że te błędne, to jest zawyżone ilości materiałów, zostały przeniesione do kosztorysów wykonawców i zdecydowały o wysokości ceny ofertowej to jest ją zawyżyły według wyliczeń Zamawiającego o około 10 % wartości w stosunku do zaoferowanych cen. W sytuacji gdy te błędnie zwymiarowane roboty w takich ilościach nie będą wykonane to ceny zostały przez wykonawców zawyżone i Zamawiający bezpodstawnie zapłaci za roboty nie wykonane w takich ilościach jak ujęte w kosztorysie ofertowym. Tym bardziej, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy (nie ulega zmianie niezależnie od ilości wykonanych robót w ramach zawartej umowy), a nie kosztorysowy (ulega zmianie w zależności od ilości robót wykonanych zgodnie z zawartą umową).

W tej sytuacji Zamawiający stwierdził, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że zamówienie nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, a co zobowiązuje go w myśl art.93 ust.1 pkt 6 ustawy do unieważnienia postępowania. .

Zasadniczym argumentem za takim stanowiskiem jest zdaniem Zamawiającego obowiązek wydatkowania środków publicznych w sposób celowy i oszczędny przy uzyskiwaniu jak najwyższych efektów z poczynanych nakładów o czym stanowi art. 35 ust.3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych. Ponadto Zamawiający nie był w stanie przewidzieć wystąpienia błędu w przedmiarach bo dokumentację wykonywała jednostka zewnętrzna (biuro projektowe). Argumentację Zamawiającego poparł przystępujący do postępowania odwoławczego STRABAG SA.

Z decyzją nie zgodził się Odwołujący, który stwierdził, że błąd istniał od początku postępowania, a więc zmiana okoliczności nie nastąpiła, a interes publiczny nie można kojarzyć z interesem ekonomicznym Zamawiającego, a poza tym błąd w przedmiarach to nie jest okoliczność, której nie można było przewidzieć.

Swoje stanowiska strony zaprezentowały na rozprawie szeroko argumentując swoje wywody.

Skład orzekający Izby po zapoznaniu się z dokumentacją przetargową, stanowiskami stron zawartymi w korespondencji dotyczącej protestu, przystąpień, rozstrzygnięć protestu, odpowiedzi na odwołanie oraz biorąc pod uwagę stanowiskami stron zaprezentowane w czasie rozprawy orzekł o uwzględnieniu odwołania z następujących powodów.

Unieważnienie postępowania jest czynnością obligatoryjną po stronie Zamawiającego, w sytuacjach ściśle określonych w art. 93 ust. 1 ustawy, co nie daje Zamawiającemu jednocześnie prawa do nadużywania tej instytucji.

Zastosowany przez Zamawiającego przepis upoważniający go do unieważnienia postępowania zawiera następujące dyspozycje, które powinny być spełnione łącznie to jest : istotna zmiana okoliczności, utrata interesu publicznego do dalszego prowadzenia postępowania, czego wcześniej nie można było przewidzieć.

Tak sformułowany przepis wskazuje, że istotna zmiana okoliczności musi powodować po pierwsze utratę interesu publicznego do realizacji zamówienia, a po drugie zmiany tych okoliczności nie było można przewidzieć, czyli powinny wystąpić zdarzenia nadzwyczajne, nieoczekiwane, na które Zamawiający nie ma wpływu.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny sprawy należy stwierdzić, że błędy w ilości przyjętych materiałów są wynikiem błędu osoby sporządzającej przedmiar robót, na podstawie przedłożonej tej osobie dokumentacji wykonawczej. Jest to błąd , który w ocenie składu orzekającego Izby należy zakwalifikować do braku należytej staranności spowodowanej nieuwagą ludzką, a nie jakimkolwiek zdarzeniem, którego nie można było przewidzieć.

Zatem zawyżenie ilości materiałów przyjętych w przedmiarach, nie stanowi okoliczności, których nie można przewidzieć. Takie zdarzenie należy zakwalifikować do niestarannego

działania, a nie działania którego nie można było przewidzieć, czyli zdarzenia mającego cechy nadzwyczajne. Niezależnie od tego czy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza zamówienie we własnym zakresie czy na podstawie zlecenia zewnętrznego, to on ponosi wobec wykonawców odpowiedzialność za prawidłowe przeprowadzenie postępowania o udzielenia zamówienia publicznego.

Odpowiedzialność Zamawiającego przewidziana art.35 ust.3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych, nie uprawnia Zamawiającego do unieważnienia postępowania z powodu błędów sporządzających przedmiary robót. Tym bardziej, że w przedmiotowym postępowaniu cenę należy obliczyć na podstawie opisu przedmiotu zamówienia w pkt III niniejszej SIWZ, załączonych przedmiarów robót, projektu budowlano -wykonawczego i szczegółowych specyfikacji technicznych stanowiących materiał do sporządzenia oferty. Cena zawarta w ofercie jest ceną ryczałtową. Przedmiary dołączone do specyfikacji istotnych warunków zamówienia mają charakter pomocniczy w celu ułatwienia wykonawcy obliczenia ceny oferty. (siwz str.12 pkt XII Opis sposobu obliczenia ceny).

Wykonawca podając w ofercie cenę, składa oświadczenie o zapoznaniu się z dokumentacją przetargową, projektem budowlano - wykonawczym, szczegółowymi specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót, wzorem umowy i szczególnymi warunkami umowy, oraz że przeprowadził wizję lokalną w terenie. Takie, więc zmiany ilości zużytych materiałów nie zdecydują o zmianie przedmiotu zamówienia.

Ponadto zgodnie ze wzorem umowy wykonawca oświadcza, że zobowiązuje się do wykonania i przekazania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi oraz zasadami wiedzy technicznej według wynagrodzenia ryczałtowego § 3 umowy.

Tak więc skoro przedmiary robót mają tylko znaczenie pomocnicze, w celu ułatwienia obliczenia ceny ryczałtowej, w sytuacji gdy roboty muszą być wykonane w pełnym zakresie, zgodnie z dokumentacją projektową, a Zamawiający przed otwarciem ofert określił kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp nie znajduje uzasadnienia. W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznając za uzasadnione koszty pełnomocnika Odwołującego się w wysokości 3600 zł.

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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*