Sygn. akt: KIO 661/12

WYROK
z dnia 18 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **"Heilit + Woerner" Budowlana Sp. z o.o., ul. Lipowa 5A, Wysoka, 52-200 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Warta Bolesławiecka, Warta Bolesławiecka 40c, 59-720 Raciborowice Górne**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonanie czynności ponownej oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Warta Bolesławiecka, Warta Bolesławiecka 40c, 59-720 Raciborowice Górne** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **"Heilit + Woerner" Budowlana Sp. z o.o., ul. Lipowa 5A, Wysoka, 52-200 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Gminy Warta Bolesławiecka, Warta Bolesławiecka 40c, 59-720 Raciborowice Górne** na rzecz **"Heilit + Woerner" Budowlana Sp. z o.o., ul. Lipowa 5A, Wysoka, 52-200 Wrocław** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Jeleniej Górze.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 661/12

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Warta Bolesławiecka prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pod nazwą: "Przebudowa drogi gminnej Łubków - Wilczy Las - etap I -Łubków". Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 marca 2012 roku pod numerem 72272-2012.

W ocenie Wykonawcy Heilit + Woerner Budowlana Sp. z o.o. (zwanego dalej Odwołującym) z dokumentacji rysunkowej stanowiącej część SIWZ oraz z opisu przedmiotu zamówienia nie wynikało, w jakim kilometrażu o przewidywanej długości 1400m Zamawiający zamierza przebudować wskazany odcinek drogi. Podana długość 1400m w SIWZ nie pozwalała Odwołującemu na ustalenie, gdzie będzie początek, a gdzie koniec przewidywanego zakresu robót przebudowywanej drogi w ramach etapu 1. Zwrócił się zatem do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienia SIWZ: „Prosimy o podanie jaki zakres przebudowy obejmuje przedmiot

zamówienia (określenie kilometraży początku i końca przebudowywanej drogi). Na umieszczonej na stronie przez Zamawiającego mapie w dokumentacji rysunkowej brakuje tych danych. Prosimy o umieszczenie kilometraży początku i końca planowanych rowów." Zamawiający w dniu 15 marca 2012 roku udzielił odpowiedzi: „Określenie kilometraży przebudowywanej drogi na dokumentacji rysunkowej: od 1+750 km do 2+270 km. Określenie kilometraży rowów na dokumentacji rysunkowej: od 1+750 km do 2+270 km". Jednocześnie Zamawiający wskazał, że powyższe wyjaśnienia są wiążące dla oferentów i stanowią integralną część SIWZ.

Odpowiedź Zamawiającego była w ocenie Odwołującego jednoznaczna. Odwołujący przygotował ofertę biorąc pod uwagę odpowiedź Zamawiającego, która w ocenie Odwołującego stanowiła modyfikację SIWZ. W takim przeświadczeniu upewniło Odwołującego stwierdzenie Zamawiającego zawarte w piśmie zawierającym odpowiedzi i wyjaśnienia Zamawiającego: „wyjaśnienia są wiążące dla oferentów i stanowią integralną część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia".

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27.03.2012 r., Wykonawca wyjaśnił, iż podstawą do sporządzenia oferty przez Odwołującego były modyfikacje SIWZ dokonane przez Zamawiającego w odpowiedziach na pytania Odwołującego z 15.03.2012 oraz 19.03.2012. Były to wyjaśnienia późniejsze w stosunku do treści ogłoszenia SIWZ, a więc wiązały wykonawców w zakresie wskazanych w nim wyjaśnień.

Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający wskazał jako podstawę prawną art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jako podstawę faktyczną wskazał niezgodność kosztorysu ofertowego Odwołującego z dokumentacją projektową i przedmiarem robót. Zamawiający wskazał, że modyfikacja SIWZ jest „(...) błędem, który wkradł się do naszych wyjaśnień, będących odpowiedzią na pytanie Waszej firmy (Odwołującego,) / powinien być według naszej oceny (Zamawiającego) - wzbudzić wątpliwość, co do spójności zapisów w zakresie długości odcinka drogi będącej przedmiotem postępowania." Jednocześnie też Zamawiający wskazał, że zarówno treść pytania nr 2 Odwołującego, jak i treść odpowiedzi, dotyczyła lokalizacji miejsca realizacji przedmiotu zamówienia.

Ze stanowiskiem Zamawiającego i odrzuceniem oferty nie zgodził się Odwołujący. Wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że jej treść odpowiada treści zmodyfikowanego zakresu przedmiotu zamówienia dokonanego przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), w odpowiedziach na pytanie Odwołującego nr 2 oraz nr 3 z 15.03.2012, art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo modyfikacji SIWZ przez Zamawiającego i opisanie jednoznacznie zakresu realizacji przedmiotu zamówienia powierzonego do wykonania i obciążenia go skutkami wynikającymi z "błędu, który wkradł się do wyjaśnień Zamawiającego", art. 7 PZP poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i narusza zasady równego traktowania wykonawców. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Heilit + Woerner Budowlana Sp. z o.o. oraz unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem modyfikacji SIWZ, dokonanej przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytania Wykonawcy z dnia 15.03.2012 roku, dokonanie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty Heilit + Woerner Budowlana Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w wyjaśnieniach dokonał modyfikacji SIWZ w stosunku do dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Zamawiający dokonał zmiany SIWZ poprzez dookreślenie zakresu przebudowy przewidzianego do wykonania, który uznał jako swój błąd w piśmie z 30.03.2012 r. Zmiana SIWZ dokonana przez Zamawiającego, poczytywana przez niego jako błąd, nie może i nie powinna obciążać wykonawcy, którego oferta w pełni odpowiada treści zmodyfikowanej SIWZ. Ryzyko nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia nie może obciążać

wykonawcy.
Odwołujący wskazywał, że w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę, która w pełni odpowiada opisowi zakresu robót budowlanych przewidzianemu do wykonania przez Zamawiającego. W toku postępowania Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w taki sposób, że pomimo tego, że wykonawca złożył ważną i odpowiadającą treści SIWZ ofertę, Zamawiający ją odrzucił.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Zarówno w treści odpowiedzi na odwołanie, jak i w trakcie rozprawy podniósł, że Odwołujący zobowiązał się w treści formularza ofertowego, iż w przypadku wyboru jego oferty, wykona zakres prac zgodnie z przedmiarem robót, dokumentacją projektową (w tym dokumentacją rysunkową) i opisem technicznym. Zamawiający zwrócił uwagę, iż nie dokonywał modyfikacji treści powyżej wymienionych dokumentów. Zdaniem Zamawiającego oferta złożona przez Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ, bowiem zaoferowany do wykonania zakres prac został zawężony i bezpodstawnie zmieniony, przez co oferta Odwołującego nie zapewnia realizacji całości przedmiotu zamówienia.
Zamawiający oświadczył, że do dokonywanych przez niego w dniu 15 marca br. wyjaśnień wkradł się błąd co do określenia kilometrażu przebudowywanej drogi. Zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia te powinny były wzbudzić wątpliwości Odwołującego co do ich spójności z zapisami SIWZ. Wobec powyższego, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący powinien był skorzystać z uprawnienia art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych.
W ocenie Zamawiającego zarzuty podniesione w odwołaniu odnoszą się do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i na tym etapie należy je uznać za spóźnione. Ponadto w ocenie Zamawiającego nie jest uprawniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszyscy uczestnicy postępowania złożyli oferty zgodnie z dokumentacją postępowania, tj. z SIWZ wraz z załącznikami. Żaden z wykonawców, poza Odwołującym, nie miał wątpliwości co do zakresu przedmiotu zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem. Ten fakt, w ocenie Zamawiającego, wskazuje, iż wszystkim wykonawcom zapewniono równe traktowanie i konkurencyjność.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.
Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący posiadają interes prawny we wniesieniu odwołania. w

rozumieniu art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut podniesiony przez Odwołującego w odwołaniu dotyczy odrzucenia jego oferty. Osią sporu jest więc to, czy odrzucenie oferty Odwołującego było uzasadnione. W ocenie Izby odrzucenie oferty Odwołującego nie znajduje uzasadnienia.
Odwołujący korzystając z przysługującego mu prawa, w toku procedury przetargowej zadał pytanie dotyczące treści SIWZ. Zadawanie pytań przez wykonawców dotyczących treści SIWZ jest uprawnieniem wykonawców. Wykonawcy mają prawo zadać pytanie, nawet w sytuacji, gdy zdaniem Zamawiającego określone informacje będące podstawą zapytania wynikają już z przedstawionej dokumentacji. W niniejszym postępowaniu Odwołujący zadał pytanie dotyczące treści SIWZ, a następnie złożył ofertę zgodną z treścią udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi. Odwołujący był więc uprawniony do złożenia oferty zawierającej inny zakres przebudowywanej drogi (niż pierwotnie określony przez Zamawiającego), z uwagi na fakt, iż w piśmie zawierającym wyjaśnienia Zamawiający wyraźne stwierdził, iż treść udzielonych odpowiedzi stanowi integralną treść SIWZ oraz jest dla wykonawców wiążąca. Tym samym Odwołujący mógł poczytać ww. odpowiedź Zamawiającego jako modyfikację treści SIWZ. Powszechnie wiadomy jest fakt, że zamawiający często dokonują modyfikacji treści SIWZ poprzez uściślenie jej treści na skutek udzielonych wyjaśnień czy odpowiedzi na zadane przez wykonawców pytania. Jednakże udzielając wyjaśnień,

Zamawiający wprowadził wykonawcę w błąd co do ewentualnej modyfikacji treści SIWZ. Treść odpowiedzi Zamawiającego zawierała bowiem omyłkę – co przyznał sam Zamawiający. Omyłka ta wprowadziła Odwołującego w błąd w ten sposób, że mógł on uznać, że Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ i zmienił zakres zamówienia. Wprowadzony w błąd wykonawca mógł więc złożyć ofertę na zakres zamówienia, który uznał za zmieniony w wyniku odpowiedzi Zamawiającego na zapytanie dotyczące treści SIWZ. Odwołujący nie miał wiedzy o tym, że odpowiedź Zamawiającego zawierała pomyłkę, gdyż Zamawiający nigdy tej pomyłki nie sprostował. Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji omyłek Zamawiającego, udzielanych przez Zamawiającego nieprawidłowych wyjaśnień lub odpowiedzi. Skoro Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji pomyłek Zamawiającego, to oferta Odwołującego nie może zostać odrzucona. Zamawiający w piśmie skierowanym do Odwołującego, zawierającym informację o odrzuceniu jego oferty, wskazał, iż przesłanką faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego jest niegodność jego kosztorysu ofertowego (załączonego do oferty) z dokumentacją projektową Zamawiającego. Izba zwraca uwagę, że bezspornym między stronami jest fakt, że wynagrodzenie określone w niniejszym postępowaniu przetargowym ma charakter ryczałtowy, co wprost wynika z zapisów SIWZ. Zatem należy mieć na uwadze, że sporządzony przez wykonawców kosztorys ofertowy miał jedynie charakter pomocniczy.

W tym miejscu należy zauważyć, że dokumentacja przetargowa w niniejszym postępowaniu zawierała informacje sprzeczne, np. wynikająca z przedmiaru robót (załącznika do SIWZ) długość przebudowywanej drogi wynosić miała 1400 mb, natomiast udzielona przez Zamawiającego odpowiedź w dniu 15 marca 2012r., dotycząca kilometrażu przebudowywanej drogi, wskazywała zupełnie inną ilość kilometrów drogi. Tym samym także pozostali wykonawcy biorący udział w niniejszym postępowaniu przetargowym mogli zostać wprowadzeni w błąd co do rzeczywistego zakresu przedmiotu zamówienia.
W postępowaniu złożono oferty zarówno co do zmienionego, jak i niezmienionego zakresu zamówienia. Zakres zamówienia po udzielonych wyjaśnieniach Zamawiającego nie odpowiada rzeczywistemu, oczekiwanemu przez Zamawiającego przedmiotowi zamówienia. Zamawiający podnosił, że SIWZ wyraźnie określała, w oparciu o jakie dokumenty powinno zostać zrealizowane zamówienie i tymi dokumentami są: przedmiar, dokumentacja projektowa i rysunkowa. Izba zauważa, że udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi mogły wprowadzić wykonawców w błąd. Udzielona odpowiedź dotyczyła zakresu przedmiotu zamówienia, a tym samym mogła sugerować wykonawcom, że stanowi ona modyfikację treści SIWZ.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, iż wykonawca powinien powziąć wątpliwości co do treści SIWZ po udzielonych przez Zamawiającego w dniu 15 marca wyjaśnieniach oraz że wykonawca powinien ponownie skorzystać z instytucji zadawania pytań do SIWZ, celem doprowadzenia przez Zamawiającego do ujednolicenia treści SIWZ, Izba zauważa, że Zamawiający nie może konsekwencji własnych błędów przerzucać na wykonawców. To Zamawiający powinien dążyć do tego i czuwać nad tym, aby zapisy SIWZ były precyzyjne, jednolite i ze sobą niesprzeczne, a wyjaśnienia Zamawiającego dotyczące SIWZ powinny jedynie uściślać te zapisy, a nie, jak w niniejszym przypadku, wprowadzać w błąd lub powodować chaos informacyjny.

Skutkiem omyłki Zamawiającego jest fakt, że złożone zostały oferty, które różnią się zakresem zamówienia. Są to więc oferty nieporównywalne. Zamawiający nie będzie miał możliwości dokonać ich porównania w niniejszym postępowaniu. Złożona przez Odwołującego oferta z kolei nie odpowiada także rzeczywistemu, oczekiwanemu przez Zamawiającego zakresowi zamówienia. Zamawiający zatem w niniejszym postępowaniu nie będzie miał możliwości zawarcia ważnej umowy z wykonawcą. Zamawiający dokonując ponownej oceny ofert powinien wziąć pod uwagę powyższy fakt.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, potwierdzenie znalazł zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ustawy Pzp. Działania Zamawiającego doprowadziły do tego, iż

---

wykonawcy powzięli różne wyobrażenie na temat tego, co jest rzeczywistym przedmiotem zamówienia. Konsekwencją tego było złożenie przez wykonawców ofert obejmujących różne zakresy prac, co potwierdza, że w wyniku działań Zamawiającego doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

……