

WYROK
z dnia 22 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Barbara Bettman
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22.02.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: POLDIM S.A., Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe GODROM Sp. z o.o., Tarnów, ul. Kochanowskiego 37A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, Kraków, ul. Głowackiego 56** protestu z dnia 14.01.2008 r.

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

Orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: POLDIM S.A., Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe GODROM Sp. z o.o., Tarnów, ul. Kochanowskiego 37A** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: POLDIM S.A., Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe GODROM Sp. z o.o., Tarnów, ul. Kochanowskiego 37A**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx.
- 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 35 936 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 Drogowo-Mostowe GODROM Sp. z o.o., Tarnów, ul. Kochanowskiego 37A**.

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Małopolskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, ul. Głowackiego 56, 30-085 Kraków – wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), na: Modernizację drogi wojewódzkiej nr 980 Jurków-Biecz: Zadanie nr 1: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z modernizacją drogi wojewódzkiej nr 980 w km 0+000 – 49+300, Zadanie nr 2: Przebudowa dwóch przepustów w km 3+810 i km 23+815 oraz remont mostu w km 1+223” nr ZP 1 IX/07.
Ogłoszenie 2007 / S 176 – 215553 z dnia 13.09.2007 r. (wysłanie 11.09.2007 r.).
16.11.2007 r. Zamawiający zmodyfikował specyfikację. Ponadto Zamawiający przekazał nowy formularz oferty i przesunął termin składania ofert na 06.12.2007 r.

- 20.11.2007 r. Do Zamawiającego wpłynęły protesty na specyfikację i zostały odrzucone ze względu na zbyt późny termin ich wniesienia.
- 06.12.2007 r. Składanie ofert – 4 oferty.
Zamawiający podał kwotę, jaka zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 59 300 000 zł.
- 12.12.2007 r. Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie zwiększył całkowitą wartość zamówienia o około 500 000 zł ze względu na zabezpieczenie finansowe postępowania. O taką kwotę wystąpił Zamawiający.
- 21.12.2007 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu 3 pozostałych ofert. 28 i 31.12.2007 r. Na tę czynność do Zamawiającego zostały złożone 2 protesty. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty.
- 07.01.2008 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty – STRABAG Sp. z o.o., ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa.
- 14.01.2008 r. Do Zamawiającego został wniesiony protest przez konsorcjum: lider konsorcjum – (1) POLDIM SA, Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe GODROM sp. z o.o. ul. Kochanowskiego 37A, 33-100 Tarnów; (2) Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe GODROM Sp. z o.o. ul. Hugona Kołłątaja 5, 38-300 Gorlice na:
1) dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
2) dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty „Strabag” Sp. z o.o., ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3, art. 87 ust. 2 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp.
- 15.01.2008 r. Zamawiający wystosował informację o wpłynięciu protestu, zawieszeniu biegu terminu związania ofertą oraz wezwaniu do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

3

-
- 18.01.2008 r. STRABAG Sp. z o.o. przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu po stronie Zamawiającego.
- 17(18).01.2008 r. Zamawiający oddalił protest. Zamawiający zarzuca m.in. Odwołującemu brak interesu prawnego, gdyż ceny w ofertach wykonawców innych niż wybrany (STRABAG Sp. z o.o.) znacznie przekraczają kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na finansowanie zamówienia (59.300.000 zł.). W przypadku wyboru innej oferty, zdaniem Zamawiającego, postępowanie należałoby unieważnić na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.
- 28.01.2008 r. Odwołujący – Konsorcjum: (1) POLDIM SA, Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe GODROM sp. z o. o. ul. Kochanowskiego 37A, 33-100 Tarnów (lider konsorcjum); (2) Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe GODROM Sp. z o.o. ul. Hugona Kołłątaja 5, 38-300 Gorlice – złożył odwołanie.
- 21.02.2008 r. STRABAG Sp. z o.o. przystąpił do postępowania odwoławczego.

W proteście, a następnie po jego oddaleniu w odwołaniu Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- 1) dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 2) dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty STRABAG Sp. z o.o., ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3, art. 87 ust. 2 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wnosi o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty STRABAG Sp. z o.o., ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 4) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 5) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
- 6) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1) w stosunku do oferty Odwołujący, że:

- a) treść oferty Odwołującego odpowiada treści specyfikacji i dlatego oferta Odwołującego została odrzucona bezpodstawnie w zakresie braku załączenia do oferty wyników badań ugięć i harmonogramu,

4

- b) ustalił w specyfikacji wynagrodzenie ryczałtowe, a w swoich wystąpieniach powołuje się na wynagrodzenie kosztorysowe przez co zmienia się istotność zastosowania nieznacznej zmiany w obmiarze jednego elementu kosztorysowego z 54 na 64;

2) w stosunku do oferty STRABAG Sp. z o.o., że:

- a) STRABAG Sp. z o.o. posługiwała się do sporządzenia i złożenia oferty nierzetelnymi wynikami badań w zakresie ugięć na wskazanym odcinku drogi,
- b) niezasadnie dokonał poprawki w ofercie STRABAG Sp. z o.o. traktując wpisanie innej nazwy miejscowości jako oczywistej omyłki pisarskiej.

W tym stanie faktycznym, na podstawie materiału dowodowego z dokumentów i wysłuchania pełnomocników stron oraz wyjaśnienia stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela zarzutu Zamawiającego, że Odwołujący nie ma interesu prawnego we wniesieniu protestu i odwołania. Celem postępowania przetargowego jest dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty. Dlatego Zamawiający nie może zakładać jeszcze w trakcie postępowania, że postępowanie to musi zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Tym bardziej nie może tego czynić w stosunku tylko do niektórych Wykonawców, których oferty opiewają na wyższe kwoty. Mogłoby to prowadzić do ograniczenia prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, co jest unormowane w art. 182 ust. 1 Pzp. Ponadto prowadziłoby to do nierównego traktowania Wykonawców, co jest sprzeczne z naczelną zasadą systemu zamówień publicznych, wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. W dodatku Zamawiający nie wykazał, iż uzyskał odmowę dofinansowania wyższych kosztów niż cena najtańszej oferty.

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej.

Zamawiający w części III ust. 1-7, 9 i 10 specyfikacji zobowiązał Wykonawców do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków. Ponadto Zamawiający zażądał dokumentów istotnych dla Zamawiającego, aby wykonawca załączył je do oferty stwierdzając w ust. 14 „Załącznikami do niniejszej oferty są: 1. Wstępny opis wszystkich robót zgodnie z pkt II.4.1 PFU 2. ... 3. ...”. Zamawiający również w wielu innych miejscach (specyfikacji – formularz oferty, odpowiedzi na pytania i PFU) żądał dołączenia do oferty różnych dokumentów, chociaż nie zestawiał tych dokumentów w rozdziale III specyfikacji „Wymagane dokumenty”, ani w żadnym innym miejscu. Wśród tych dokumentów Zamawiający zażądał załączenia do oferty wstępnego harmonogramu rzeczowego oraz

5

wyników badań ugięć wskazanego odcinka drogi. Okolicznością bezsporną jest, że Odwołujący nie załączył do oferty wymienionych wyników badań ani harmonogramu.

Sami Wykonawcy mogli w ramach wyjaśnień treści specyfikacji zażądać od Zamawiającego sporządzenia jednoznacznego wykazu dokumentów, wymaganych do dołączenia do oferty. Również sam Zamawiający powinien opracować taki wykaz, aby otrzymać możliwie największą liczbę właściwie sporządzonych ofert. Takie nieuporządkowane żądanie złożenia wielu dokumentów może prowadzić do złożenia ofert niezawierających wszystkich wymaganych załączników, a więc to w interesie Zamawiającego jest sporządzenie jednoznacznej listy wymaganych dokumentów nie tylko potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, ale i wszystkich pozostałych wymaganych dokumentów w postępowaniu.

W rozpatrywanym postępowaniu żadna ze stron nie wykazała się inicjatywą prowadzącą do sporządzenia klarownego wykazu oświadczeń lub dokumentów, których załączenie do oferty jest obligatoryjne. Dlatego bez jednoznacznej listy wymaganych dokumentów, w

postępowaniu zostały złożone oferty zawierające różne załączniki i Zamawiający odrzucił niektóre z ofert z tych przyczyn – ze względu na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Wśród tych załączników powinny znaleźć się m.in. wzmiankowane wyniki badań ugięć i wstępny harmonogram. Dokumenty te były potrzebne Zamawiającemu w celu sprawdzenia rzetelności sporządzenia oferty oraz zabezpieczenia funduszy na wykonanie poszczególnych etapów robót i zorganizowanie funkcjonowania drogi w przebudowie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Wykonawca był obowiązany do załączenia wszystkich wymaganych oświadczeń i dokumentów, których złożenia żądał Zamawiający.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela zarzutu Odwołującego.

Zamawiający w modyfikacji specyfikacji (16.11.2007 r.) postanowił, że Wykonawca powinien kosztorys skorygować obmiarowo z 54,104 m³ na ilość 64 m³. Odwołujący nie zastosował się podczas sporządzania oferty do tego wskazania i powołał się, że brak tej zmiany w przypadku zastosowania wynagrodzenia kosztorysowego nie wpływa na ważność oferty. Zamawiający w zakresie zadania 2 zawarł w zał. nr 6.2 do specyfikacji postanowienie na str. 1 i 2 w ust. 3 „Zamawiający, niniejszą umową, zobowiązuje się wobec wykonawcy do dokonania wymaganych czynności związanych z przygotowaniem robót w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia dokumentacji projektowej z odebrania robót i zapłaty umówionego **wynagrodzenia kosztorysowego** wyliczonego na podstawie cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego oraz faktycznego obmiaru robót.”. Natomiast na str. 23 w jednostce redakcyjnej o numerze 7.1.1 Zamawiający zawarł wykluczające się z

6

uprzednim postanowieniem postanowienie o treści „Zamawiający ma obowiązek zapłaty Wykonawcy umówionego **wynagrodzenia ryczałtowego**.”.

Jednak z całości treści specyfikacji, a w szczególności z faktu:

- 1) podziału zamówienia na dwa zadania bez prawa do składania ofert częściowych,
- 2) żądania do obu zadań innych załączników dotyczących sposobu obliczania ceny,
- 3) określenia 1 zadania, jako zadania z ceną ryczałtową – bez żądania załączenia do oferty kosztorysu ofertowego, ale z żądaniem załączenia do oferty wypełnionej Tabeli Elementów Rozliczeniowych – zał. 2.1 do specyfikacji (str. 7 część V ust. 5 specyfikacji),
- 4) określenia 2 zadania, jako zadania z ceną kosztorysową – z żądaniem załączenia do oferty kosztorysu ofertowego zał. 2.2 do specyfikacji (str. 7 część V ust. 5 specyfikacji)

wynika, że Zamawiający zamierzał zastosować w zakresie zadania 2 rozliczenie kosztorysowe i dostatecznie to wykazał w rozumieniu art. 65 Kc 1 w całości specyfikacji. Nie podważa zamiaru zastosowania wynagrodzenia kosztorysowego omyłkowe wpisanie w jednostce redakcyjnej 7.1.1 załącznika nr 6.2 do specyfikacji (str. 23 specyfikacji) wyrazu „ryczałtowego”, jeżeli żadne inne przesłanki nie potwierdzają zasadności użycia tego słowa. Zamawiający przyznał wprost w kwestionowanym miejscu specyfikacji zastosowanie błędnego określenia ceny, ale z całości dokumentacji wynika, że jest to błąd, a nie zamiar zastosowania ceny ryczałtowej do zadania 2.

Krajowa Izba Odwoławcza nie może się zgodzić z tezą Odwołującego, że w postępowaniu w zadaniu 2 obowiązuje cena ryczałtowa i wobec tego różnice w przedmiarze i kosztorysie ofertowym są bez znaczenia i w postępowaniu będzie obowiązywać cena za cały przedmiot zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela zarzutu Odwołującego, że brak skorygowania kosztorysu ofertowego o wskazaną pozycję nie stanowi o sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji.

Odwołujący zarzuca Spółce STRABAG Sp. z o.o., posługiwanie się przy sporządzaniu oferty nierzetelnymi wynikami badań ugięć nawierzchni posługując się przy tym komputerowym urządzeniem FWD. Wykonawca musiał określić na podstawie wyliczeń wzmocnień nawierzchni metodą ugięć dla ruchu KR-4, KR-3, KR-2 zgodnie z wymogami Katalogu wzmocnień i remontów nawierzchni podatnych i półsztywnych (Katalog 41, IBDIM, Warszawa 2001 r.) oraz rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne

i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 43, poz. 430). Wykonawca miał dokonać obliczeń dla wyodrębnionych przez siebie odcinków jednorodnych na podstawie wykonanych pomiarów ugięć.

Z wyników badań firmy STRABAG Sp. z o.o. można odczytać, że wszystkie badania były prowadzone w temperaturze + 20 stopni C, a badania wykonywano od godziny 8:00 do godziny 13:00 w dniu 16 i 17.10.2007 r. Zamawiający podniósł, że w czasie dużego nasłonecznienia warstwa bitumiczna rozgrzewa się znacznie powyżej temperatury powietrza. Zamawiający i przystępujący do postępowania wykazali na podstawie zdjęć, że w czasie przeprowadzania badań panowała słoneczna pogoda – dowodem na to są zdjęcia, gdzie wyraźnie widać bardzo kontrastowe cienie, co jest dowodem, że w czasie robienia zdjęć panowała słoneczna pogoda. Ponadto Zamawiający zaznaczył, że temperatura + 20 stopni C jest temperaturą średnią, która występowała w warstwach wewnętrznych nawierzchni. Dlatego badania wykonane nowoczesną metodą komputerową FWD są uznane za rzetelne.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela zarzutu Odwołującego, że rozbieżność wyników badań pomiędzy poszczególnymi ofertami stanowi automatycznie o niezetelności badań załączonych do oferty STRABAG Sp. z o.o. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach do protokołu rozprawy sam wskazywał na wystąpienie wielości i różnorodności czynników wpływających na wynik finalnego rodzaju badań.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu nieprawidłowe postępowanie w kwestii poprawienia omyłki pisarskiej w ofercie STRABAG Sp. z o.o. przez zastąpienie użytego w pkt 7.2 Załącznika nr A do oferty (str. 15) wyrażenia „Pomiary FWD na Drodze Wojewódzkiej DW 980 Brzeszcze-Chrzanów” wyrażeniem „Pomiary FWD na Drodze Wojewódzkiej DW 980 Jurków-Biecz”.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej podziela pogląd wyrażony na str. 299 w „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, Warszawa 2007 r.: „Przez oczywistą omyłkę pisarską należy rozumieć widocznie mylną pisownię wyrazu, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenie wyrazu lub jego części itp.”. Po wglądzie do całej oferty, gdzie wielokrotnie zostało użyte wyrażenie „DW 980 Jurków-Biecz”, a tylko w jednym załączniku – „DW 980 Brzeszcze-Chrzanów”, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że przytoczony numer drogi DW 980 oraz nagłówek dokumentu wystarczająco i jednoznacznie identyfikuje miejsce, które opisuje Wykonawca w swojej ofercie. Dlatego Zamawiający miał prawo, a nawet obowiązek dokonać poprawienia wyrazów „DW 980 Brzeszcze-Chrzanów” na „DW 980 Jurków-Biecz”.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 Pzp orzekła jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

