

WYROK
z dnia 6 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata

Protokolant: Lidia Ziółkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach* 06.03.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A, ul. Jagiełły 39, 46-020 Czarnowąs** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, ul. Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole** protestu / protestów * z dnia 01.02.2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego XXX po stronie odwołującego się oraz xxx po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1 oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A, ul. Jagiełły 39, 46-020 Czarnowąs** 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 uiszczanego przez **Konsorcjum: Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A, ul. Jagiełły 39, 46-020 Czarnowąs**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty zł ... gr (słownie:.....) przez na rzecz, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu
- 3) dokonać wpłaty kwoty zł ... gr (słownie:.....) przez na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr (słownie:..piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych, zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A, ul. Jagiełły 39, 46-020 Czarnowąs**.

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę wiaduktu drogowego nad linią kolejową Strzelce Opolskie – Pyskowice w ciągu drogi krajowej nr 94 km 222+970 w m. Wornatowice. W związku z powiadomieniem o wynikach postępowania w dniu 1 lutego 2008 roku protest wnieśli Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego (Konsorcjum Himmel/PRDM). Powołując się na uszczerbek w swoim interesie prawnym (oferta z najniższą ceną spośród ofert niepodlegających odrzuceniu) Konsorcjum Himmel/PRDM zarzuciło Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez

Przedsiębiorstwo Budowlane „FILAR” Sp. z o. o. – Lider Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „Larix” (Konsorcjum FILAR) pomimo, że jej treść nie odpowiada Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Protestujący wywiódł ponadto, że Konsorcjum FILAR powinno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i zaniechanie tej czynności przez Zamawiającego stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy. Podniósł ponadto, że Zamawiający nie traktował wszystkich wykonawców na równych prawach oraz zaniechał dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy przez co dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Konsorcjum Himmel/PRDM domagało się unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownej oceny ofert, wykluczenia Konsorcjum FILAR oraz odrzucenia złożonej przez nie oferty i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 2 ust. 5 czyli oferty złożonej przez Konsorcjum Himmel/PRDM.

Uzasadniając swoje żądania Konsorcjum Himmel/PRDM wskazało, że Zamawiający w SIWZ ustalił, że przy obliczeniu ceny oferty wykonawca „musi uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarach robót. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do przedmiarów robót i kosztorysu ofertowego.” W piśmie z dnia 16 stycznia 2008 roku Zamawiający wskazał, że prawidłową ilością wskaźników We wolnostojących wskazanych w poz. 180 Przedmiaru robót nr 1, przebudowa sieci trakcyjnej jest 12 szt, nie zaś jak zapisano pierwotnie 16 szt. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że uwzględnił wyjaśnienia w aktualnym kosztorysie ofertowym załączonym do SIWZ znajdującej się na jego stronie internetowej. Wypełniony kosztorys ofertowy uwzględniający wszelkie wynikające z odpowiedzi poprawki należy dołączyć do oferty. Konsorcjum FILAR nie uwzględniło zmian w przedmiarze i w poz. 18 kosztorysu ofertowego nr 2.1.6. zaproponowało 16 szt. Wskaźników We wolnostojących. Zatem obliczenie przez nie ceny oferty zgodnie z pkt 11.4 SIWZ jest nieprawidłowe i skutkuje odrzuceniem oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Zdaniem Protestującego oferta dotyczy innego przedmiotu zamówienia i nie może być porównywana z innymi ofertami.

Zdaniem (Konsorcjum Himmel/PRDM) Konsorcjum FILAR nie wykazało również doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego. Przedstawiony w formularzu nr 3.4a na str. 72 oferty wykaz nie zawiera informacji, że wykazane w nim obiekty mostowe (poz. 1,2 i 4) mają długość przęsła min. 20 m a przebudowa obiektu z 1 poz. formularza polegała na wymianie ustroju nośnego. Wprowadźcie wymagane informacje w odniesieniu do poz. 1 i 2 wykazu można wywieść z załączonych dokumentów, to nawet w załączonych dokumentach brak jest wymaganych informacji dotyczących poz. 4 wykazu. Zdaniem Konsorcjum Himmel/PRDM załączone protokoły odbioru nie potwierdzają należytej staranności, gdyż

zawierają zastrzeżenie, iż „prawidłowość funkcjonowania odwodnienia może być sprawdzona dopiero po obfitych opadach deszczu”

Zamawiający pismem z dnia 13 lutego oddalił protest.

W uzasadnieniu powołując się na wskazane w proteście punkty SIWZ i dokonane przez siebie zmiany w przedmiarze robót i formularzy kosztorysu ofertowego wywiódł, iż Konsorcjum FILAR prawidłowo zastosowało się do postanowień SIWZ. Zaoferowanie przez Konsorcjum FILAR w Formularzu 2.1.6. poz. 18 kosztorysu ofertowego 16 szt. wskaźników jest zgodne z jego oczekiwaniami, odpowiada treści SIWZ oraz zapewnia wykonanie przedmiotu zamówienia stosownie do SIWZ, w tym również przedmiaru robót. Zamawiający wskazał również, że swoje wątpliwości co do spełniania przez poz. 4 wykazu postawionych przez niego warunków wyjaśnił uzyskując od Konsorcjum FILAR wyjaśnienia oraz, że protokół odbioru końcowego w wystarczający sposób potwierdza należyte wykonanie robót ujętych w poz. 4 wykazu. Dodatkowym potwierdzeniem są dokumenty złożone przez Konsorcjum FILAR przy przystąpieniu do postępowania wywołanego wniesieniem protestu. Zatem Zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż Konsorcjum FILAR nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i należy je z niego wykluczyć. Tym samym nie dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 2 pkt 5 ustawy.

Wobec powyższego rozstrzygnięcia Zamawiającego w dniu 18 lutego 2008 roku

Konsorcjum Himmel/PRDM wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień, w którym podtrzymało zarzuty i żądania zawarte w proteście, rozwijając argumentację oraz polemizując ze stwierdzeniami zawartymi w rozstrzygnięciu protestu.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oryginałów ofert złożonych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, wyjaśnień Konsorcjum FILAR z dnia 24 stycznia 2008 roku (L.Dz. 5/2008) oraz wysłuchała oświadczeń pełnomocników złożonych na rozprawie. W wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego zważyła i ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 grudnia 2007 roku pod numerem 257059-2007.

W dniu 16 stycznia 2008 roku udzielając odpowiedzi na pytania o treść SIWZ Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, że dokonał zmiany przedmiaru robót w pkt 180 oraz zmian formularzy kosztorysów ofertowych nr 2.1.4 oraz

4

2.1.5. Formularz nr 2.1.6. odnoszący się do przebudowy sieci trakcyjnej nie był modyfikowany.

Zamawiający wskazał również, że poprawił dokumenty opublikowane wraz z SIWZ na stronie internetowej oraz, że Wykonawcy powinni w składanych ofertach uwzględnić dokonane zmiany.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 21 stycznia 2008 roku.

Konsorcjum FILAR złożyło ofertę z formularzem cenowym nr 2.1.6. w brzmieniu ustalonym przez Zamawiającego nie dokonując w nim zmian. Izba ustaliła, że Konsorcjum FILAR zaoferowało Zamawiającemu 16 szt. wskaźników (pkt 18 formularza ofertowego nr 2.1.6 str 14 oferty)

Okoliczności te strony potwierdziły i są bezsporne. Istotą sporu jest czy treść oferty Konsorcjum FILAR odpowiada treści SIWZ (w zakresie pkt 18 przedmiaru robót) oraz czy Odwołujący spełnia warunek w zakresie doświadczenia.

Odwołujący jako podstawę zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum FILAR wskazuje art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazujący zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Interpretacja tego przepisu ma istotne znaczenie dla oceny zarzutu Odwołującego. Art. 27a ustawy z dnia 10 czerwca 1994 roku o zamówieniach publicznych (t.j. Dz.U. z 2002 roku Nr 72, poz. 664) nakazywał zamawiającym odrzucenie oferty sprzecznej z ustawą lub z SIWZ. Restrykcyjna interpretacja tego przepisu powodowała konieczność odrzucania ofert zawierających błędy formalne np. brak parafowania wszystkich stron oferty.

Użyte przez ustawodawcę w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy sformułowania „treść oferty” i „treść SIWZ” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należyłą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu przedmiotu do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ.

Konsorcjum FILAR zaproponowało realizację całego opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia.

5

Zatem twierdzenie Odwołującego przedstawione na rozprawie, że Konsorcjum FILAR zaproponowało realizację innego przedmiotu zamówienia niż opisany przez Zamawiającego w SIWZ nie może się ostać.

Okoliczność, że Odwołujący w swojej ofercie zaproponował 16 szt. (12+4 szt.) wskaźników wolnostojących We nie ma wpływu na powyższą ocenę. Oferta Konsorcjum FILAR nie narusza postanowień SIWZ w pkt. 11.1 i 11.4. Oferta Konsorcjum FILAR została sporządzona na wzorach formularzy oraz na podstawie przedmiarów robót zawartych w tomie V SIWZ (pkt 11.1). Oferta uwzględnia również wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarach robót (pkt 11.4)

Zdaniem Izby *de lege lata* o niezgodności ofert z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji go w całości.

Nietrafnie wywodzi Odwołujący, że wskutek zaoferowania przez Konsorcjum FILAR 16 szt. wskaźników wolnostojących nie można porównać ofert złożonych w postępowaniu. Skoro bowiem jedynym kryterium oceny ofert jest cena, to zaproponowanie niższej ceny za ofertę, która w jednym elemencie przekracza opis przedmiotu zamówienia zawarty w przedmiarze robót nie powoduje niemożności prawidłowego porównania ceny ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert bierze pod uwagę cenę zaproponowaną w ofercie i odnosi ją do opisanego przez siebie przedmiotu zamówienia. Fakt że, wykonawca w danym postępowaniu zaproponował więcej niż wymagał Zamawiający nie wpływa na poprawę jego pozycji w ramach oceny dokonywanej wyłącznie w oparciu o kryterium ceny.

Nietrafnie powołuje się Odwołujący na art. 140 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zgodnie z postanowieniami § 6 wzoru umowy załączonego do SIWZ wynagrodzenie wykonawcy obliczane będzie w stosunku do ilości wykonanych robót przez pomnożenie ich przez ceny jednostkowe podane w kosztorysie ofertowym. Ponadto w ocenie Izby zastosowanie znalazłby tu art. 140 ust. 3 ustawy ustanawiający sankcję nieważności umowy w stosunku do części wykraczającej poza zobowiązanie wykonawcy zawarte w ofercie.

Również brak dokonania zmian w formularzu cenowym przez Odwołującego w ten sposób, aby odpowiadał on przedmiarowi robót w zakresie zmian dokonanych przez Zamawiającego w pkt 180 przedmiaru nie skutkuje niezgodnością treści złożonej przez niego oferty z treścią

6

SIWZ. Pogląd ten znajduje oparcie nie tylko w brzmieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ale też w treści dokumentacji postępowania.

Izba stwierdza, że pkt 11.4 SIWZ nie zawierają jednoznacznej dyrektywy interpretacyjnej. Można przyjąć, że słowo „samodzielnie” użyte w pkt SIWZ odnosi się wyłącznie do przedmiarów robót i wzmacnia wymaganie Zamawiającego, aby wszystkie punkty przedmiaru robót zostały uwzględnione w składanych ofertach w sposób ściśle przez niego określony. W konsekwencji wykonawcy byłiby uprawnieni do dokonania zmian w formularzach ofertowych w zakresie zmian dokonanych w przedmiarze przez Zamawiającego.

Jednakże z drugiej strony mając na względzie sformalizowany charakter procedury udzielania zamówień publicznych oraz często restrykcyjną wykładnię przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Wykonawcy mogli żywić uzasadnione obawy, że dokonując samodzielnie zmian w formularzu cenowym narażą złożone przez siebie oferty na odrzucenie. Pogląd taki byłby tym bardziej uprawniony, że Zamawiający dokonał również zmian w formularzach cenowych. Wykonawcy mogli zatem domniemywać, że ich samodzielność w tym zakresie jest wyłączona. Zamawiający przyznał na rozprawie, że zaniechanie poprawienia formularza ofertowego nr. 2.1.6, tak aby dostosować go do zmian dokonanych w przedmiarze było błędem. Zatem zdaniem Izby konsekwencje czynności Zamawiającego polegających na takim redagowaniu dokumentów postępowania, że nie są one spójne ze sobą nie mogą obciążać wykonawców, którzy zastosowali się do ich literalnego brzmienia. Zgodnie ustaloną linią orzecznictwa Zespołów Arbitrów i Sądów Okręgowych nieścisłości w sformułowaniu postanowień SIWZ nie powinny obciążać wykonawców.

Izba ustaliła, że Zamawiający prawidłowo nie dokonał wykluczenia Konsorcjum FILAR z

postępowania.

W pkt 7.2.4 lit.a SIWZ Zamawiający postawił warunek, aby w celu wykazania doświadczenia niezbędnego do realizacji zamówienia wykonawcy wykazali, że w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania zrealizowali (zakończyli) co najmniej budowę lub przebudowę (z wymianą ustroju nośnego) 3 obiektów mostowych o długości przęsła co najmniej 20 m każdy obiekt w tym przynajmniej jeden dotyczący obiektu mostowego nad czynnymi torami kolejowymi.

Wraz z ofertą Konsorcjum FILAR złożyło formularz 3.4 a zawierający oświadczenie w którym wykazywało wykonanie 4 zadań spełniających wymagania Zamawiającego. Odwołujący składając protest zarzucił, że wykaz nie zawiera informacji o długości przęsła, zaś załączone referencje odpowiadają wymaganiom Zamawiającego jedynie w odniesieniu do przebudowy mostu drogowego w ciągu drogi powiatowej nr 3329D w km 9+849 nad rzeką Ścinawka w m.

7

Ścinawka Dolna (poz.1) oraz Budowa mostu przez rzekę Czerwona Woda w km 2+846,69 w ramach budowy obwodnicy miasta Zgorzelec (poz.2). Odwołujący w proteście zakwestionował poz. 4 wykazu – Budowę tymczasowego wiaduktu nad torami PKP w ciągu ul. Strzegomskiej we Wrocławiu, gdyż z załączonych dokumentów nie wynika rozpiętość obiektu (długość przęsła) oraz staranne wykonanie robót. Konsorcjum FILAR w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy (pismo z dnia 24 stycznia 2008 roku znak: GDDKiA-O/Op-R-2/109-418/55/07) udzieliło we wskazanym terminie żądanych wyjaśnień. Ponadto w przystąpieniu do postępowania wywołanego wniesieniem protestu Konsorcjum FILAR złożyło dodatkowe dokumenty potwierdzające należyte wykonanie tymczasowego wiaduktu w ciągu ul. Strzegomskiej we Wrocławiu. Dodatkowo wskazało zrealizowany przez siebie obiekt w Wałbrzychu nad torami PKP w ciągu przy ul. Uczniowskiej z przęsłem o rozpiętości 21 m oraz złożyło stosowne referencje z dnia 19 października 2007 roku.

Odwołujący nie zaprzeczył prawdziwości złożonych dokumentów. Uprawnione jest zatem twierdzenie Zamawiającego, że wobec jednoznacznego potwierdzenia w dokumentach spełniania przez Konsorcjum FILAR warunków udziału w postępowaniu brak było podstaw do jego wykluczenia. Podniesiony przez odwołującego w treści odwołania zarzut, iż tymczasowy wiadukt nad torami PKP w ciągu ul. Strzegomskiej we Wrocławiu, nie jest obiektem mostowym nie może być przez Izbę uwzględniony z uwagi na treść art. 191 ust. 3 zd. 1 ustawy.

Rozpatrując zarzut w granicach określonych w proteście Izba stwierdza, że Konsorcjum FILAR wykazało się posiadaniem doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego w pkt 7.2.4 SIWZ oraz złożyło potwierdzające je dokumenty.

Izba podziela również pogląd, że protokół odbioru końcowego potwierdza należyte wykonanie robót. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 roku w sprawie dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz.U. Nr 87, poz. 605) nie wskazuje katalogu dokumentów, których może żądać zamawiający. Zatem należyte wykonanie robót należy może być wykazane dowolnymi dokumentami z których można uzyskać informacje niezbędne do weryfikacji postawionych przez zamawiającego warunków. Złożone przez Konsorcjum FILAR dokumenty potwierdzają należyte wykonanie prac ujętych w złożonym wykazie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nie potwierdził się.

8

Konsorcjum FILAR nie podlega wykluczeniu. Zatem nie można odrzucić złożonej przez nie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy i Zamawiający nie dopuścił się naruszenia tego przepisu.

Skoro zatem oferta Konsorcjum FILAR nie podlegała odrzuceniu a Konsorcjum FILAR nie podlegało wykluczeniu nie można mówić, iż zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy przy dokonywaniu jej wyboru. Przeciwnie Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą w

rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy uznaje Izba za chybiony. Zamówienie publiczne jest umową, której przedmiotem są dostawy, usługi albo roboty budowlane. Skoro zarzuty w stosunku do Konsorcjum FILAR nie potwierdziły się, to nieuprawnione jest twierdzenie, że zamówienie nie zostanie udzielone wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba stwierdza, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i należy je oddalić.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 1 ustawy.

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

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 **Opolu**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....