

WYROK
z dnia 22 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Renata Tubisz
Barbara Bettman

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Ductus Sp. z o.o., ul. Chodkiewicza 3, 63-400 Ostrów Wielkopolski** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań** protestu z dnia 21 listopada 2008 r.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert

2. Kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań 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 uiszczanego przez **Ductus Sp. z o.o., ul. Chodkiewicza 3, 63-400 Ostrów Wielkopolski**,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań** na rzecz **Ductus Sp. z o.o., ul. Chodkiewicza 3, 63-400 Ostrów Wielkopolski** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 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 **Ductus Sp. z o.o., ul. Chodkiewicza 3, 63-400 Ostrów Wielkopolski**.

Uzasadnienie

Zamawiający - Generalna Dyрекcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie "Budowy sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu drogi krajowej nr 25 z ul. Królowej Jadwigi w Ostrowie Wlkp. modernizacja istniejącej sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu drogi krajowej nr 25 z ul. Limanowskiego wraz z koordynacją 3 sygnalizacji. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17.10.2008 roku pod numerem 2715663- 2008. Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Ductus Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim i powiadomił wykonawców o wynikach postępowania w dniu 20.11.2008 r.

W dniu 24.11.2008 roku (pismo z dnia 21.11.2008 r.), w terminie określonym w art. 180 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zm.) protest wniósł Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZADERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Protestujący lub ZABERD S.A.). Protestujący zarzucił

Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art.22, art.24 ust.1 pkt 10, art. 24 ust 2 pkt.3, art. 44, art. 89 ust.1 pkt 1,2,5 i 6 Pzp. Protestujący wniósł o: unieważnienie wyboru

2

najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej oceny ofert w oparciu o postawione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz) wymagania, wykluczenie wybranego wykonawcy nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu, odrzucenie jego oferty jako niezgodnej z zapisami siwz. W uzasadnieniu Protestujący wskazał, że Ductus Sp. z o.o. nie posiada doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego w pkt 7.2.3. siwz oraz, że Zamawiający ocenił ofertę Ductus Sp. z o.o. na podstawie złożonego zbiorczego zestawienia kosztów (dalej: zzk) nie zawierającego 5% wartości na roboty nieprzewidziane. Doliczenia tej kwoty wymagał Zamawiający we wzorze zzk załączonym do siwz. Gdyby Ductus Sp. z o.o. doliczył do ceny oferty 5% tak, jak uczynił to Protestujący, oferta Protestującego zawierałaby niższą cenę.

W dniu 27.11.2008 r. (pismem z dnia 26 listopada 2008 r.) Ductus Sp. z o.o. przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, podnosząc że, wykazał wymagane doświadczenie w sposób żądany przez Zamawiającego a dokumenty przetargowe nie wskazywały na konieczność załączenia do oferty zzk.

Pismem z dnia 28.11.2008r. Zamawiający rozstrzygnął protest i tego samego dnia przekazał rozstrzygnięcie (via fax) wykonawcom biorącym udział w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Zamawiający stwierdził, że Ductus Sp. z o.o. spełnia warunek określony w 7.2.3. siwz i przedłożył prawidłowe referencje potwierdzające wykonanie robót zgodnie z wymaganiami sformułowanymi w siwz. Zamawiający uznał natomiast zarzut braku doliczenia przez Ductus Sp. z o.o. obligatoryjnej kwoty 5 % przewidzianej na roboty nieprzewidziane i stwierdził, że skutkuje to błędnym wyborem najkorzystniejszej oferty. W oparciu o sporządzone przez siebie zestawienie, Zamawiający wywiódł, że ofertę z najkorzystniejszą ceną złożył Protestujący. Zamawiający postanowił unieważnić decyzję wyboru oferty złożonej przez Ductus Sp z o.o. powtórzyć czynności kwalifikacji wykonawców i udzielić zamówienia Protestującemu.

Wobec powyższego rozstrzygnięcia pismem z dnia 3.12.2008 r. (wysłanym w tej dacie za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego) z zachowaniem warunku jednoczesności przekazania kopii Zamawiającemu Ductus Sp. z o.o. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący się podniósł, że brak jest podstaw do uznania, by Zamawiający wymagał w siwz przedstawienia zzk i w konsekwencji doliczenia do ceny oferty 5 % na koszty nieprzewidziane. Zarzucił Zamawiającemu powtórzenie "czynności kwalifikacji Wykonawców" i udzielenie zamówienia ZABERD S.A. z naruszeniem art. 183 ust. 5 Pzp. Odwołujący się wywiódł ponadto, że kwestionowanych czynności Zamawiający dokonał naruszając art. 87 ust. 2 a w tym pkt 3 Pzp, gdyż zmiana ceny oferty

3

dotyczy zakresu istotnego i podstawowego dla treści oferty. Niedochowany został również zawarty w przywoływanym przepisie wymóg powiadomienia wykonawcy o dokonanych zmianach. Odwołujący się wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności: unieważnienia wyboru oferty Odwołującego się i wyboru oferty ZABERD S.A. oraz o dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem wskazanych żądań ewentualnie o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 oraz art 191 ust. 3 zdanie drugie Pzp.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony oraz uczestnik podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Na podstawie dowodu z zawartych w aktach sprawy: protokołu ZP-1, oryginału siwz z załącznikami, oryginałów ofert złożonych w postępowaniu, oraz po wysłuchaniu stanowisk stron i pełnomocników Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Protest został wniesiony w dniu 24.11.2008 roku, tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058). Na podstawie art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy nowelizującej, Izba wydała rozstrzygnięcie na podstawie przepisów działu VI ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacją.

Przy ustaleniu prawa materialnego właściwego do rozpoznania odwołania Izba uwzględniła art. 4 ust. 1 ustawy nowelizującej zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem przepisów dotyczących zmiany ogłoszeń, zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty, które stosuje się w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą. Izba ustaliła, że Zamawiający nie dokonał czynności wskazanych w treści rozstrzygnięcia protestu unieważnienia wyboru oferty złożonej przez Ductus Sp z o.o., powtórzenia „czynności kwalifikacji wykonawców” i udzielenia zamówienia ZABERD S.A. Stosownie do dyspozycji art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp powtórzenie czynności wynikających z rozstrzygnięcia protestu, nastąpi po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu (dniu wydania wyroku przez Izbę - art. 182 ust. 2 pkt 3 Pzp).

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący się posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Złożona przez niego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

4

Rozstrzygnięcie protestu stanowiące zapowiedź odrzucenia oferty Odwołującego się wskazuje na wystąpienie uszczerbku w interesie prawnym Odwołującego się w uzyskaniu zamówienia.

Art. 91 ust. 1 Pzp nakazuje Zamawiającemu dokonanie wyboru ofert w oparciu o kryteria określone w siwz. Aby wybór taki przeprowadzony został zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, musi być dokonany spośród ofert które mogą zostać porównane w przyjętym przez Zamawiającego kryterium oceny. Zamawiający przyjął w siwz jedynie kryterium ceny, co jest zgodne z dyspozycją przywołanego wyżej przepisu. Do prawidłowego przeprowadzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej niezbędne jest zatem prawidłowe obliczenie cen ofert. Bezsporne jest między stronami, że oferta Odwołującego się nie zawiera zkk zgodnego z wzorem sporządzonym przez Zamawiającego a cena oferty nie uwzględnia dodatkowych 5% ceny oferty netto na roboty nieprzewidziane, podczas gdy cena dwóch pozostałych ofert złożonych w postępowaniu zawiera przywołane 5%, a załączony do nich zkk złożony został wg wzoru. Istotą sporu jest ustalenie, czy Zamawiający zgodnie ze sformułowaniami siwz, nadał sporządzonemu przez siebie zkk charakter wiążący i czy może wymagać od wykonawców doliczenia 5% ceny oferty netto na roboty nieprzewidziane. Okoliczności, że siwz nie zobowiązuje wykonawców do doliczenia spornej wartości 5%, ani też Zamawiający nie zawarł w siwz obowiązku sporządzenia zkk na przygotowanym przez siebie wzorze, ani wprost, ani też przez wskazanie w treści siwz zkk jako załącznika, są bezsporne między stronami (dowód: oświadczenia stron w protokole rozprawy). Izba stwierdza, że wyrażone stanowiska odpowiadają postanowieniom siwz. Specyfikacja w kwestii dokumentów stanowiących podstawę do obliczenia ceny odsyła do ślepych kosztorysów z cenami jednostkowymi, kosztorysu ofertowego sporządzonego na formularzu - Tom IV, stwierdzając przy tym jednoznacznie iż podstawa obliczenia ceny oferty są ślepe kosztorysy stanowiące integralną część specyfikacji (pkt 9.4.3., 11.1. , 11.5. siwz). Brak jest w siwz jakichkolwiek odniesień do zkk przy ustalaniu sposobu obliczenia ceny oferty, jak również nie znajduje podstaw twierdzenie Zamawiającego, że zkk stanowi część Tomu IV. Odwołujący się zaprzeczył temu twierdzeniu a Zamawiający nie poparł swego stanowiska żadnym dowodem (art. 188 ust. 1 Pzp, art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp). Wobec powyższego stwierdzić należy, że brak jest podstaw do żądania przez Zamawiającego złożenia zkk zgodnie z przygotowanym przez siebie wzorem. Zatem skoro doliczenie zostało przewidziane wyłącznie w zkk, który nie stanowi części siwz, nie istnieje obowiązek doliczania spornych 5 % do ceny ofertowej.

Jeśli Zamawiający chciał zobowiązać wykonawców do złożenia zkk zgodnie z przygotowanym przez siebie wzorem i uwzględnieniu jego postanowień przy obliczeniu ceny

5

oferty, to winien wymagania swoje zapisać w siwz w sposób wyraźny, nie pozostawiający miejsca na dowolność interpretacyjną. Obowiązku Zamawiającego sformułowania postanowień siwz w sposób jednoznaczny nie może zastąpić jedynie zwyczajowe, nie znajdujące umocowania w treści siwz, stosowanie zkk postępowaniu, ani nawet fakt, że przygotowany przez niego wzór jest powszechnie akceptowany w kręgu wykonawców biorących udział w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego. Postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego prowadzi się formie pisemnej (art. 9 ust. 1 Pzp) a dla oceny prawidłowości czynności zamawiającego podstawowe znaczenie ma literalne brzmienie postanowień siwz. Przez złożenie oferty nawiązuje się między wykonawcą a zamawiającym stosunek przetargowy oparty na akceptacji postanowień siwz. Wykonawca ma prawo oczekiwać, że złożona przez niego oferta będzie oceniana wyłącznie na podstawie wymagań zawartych w siwz. Odpowiednio zobowiązaniem Zamawiającego jest dokonanie takiej oceny jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań. Brak wniosków o wyjaśnienie treści siwz i fakt, iż postanowienia siwz nie były kwestionowane przez wniesienie środków ochrony prawnej, nie sanuje zaniechania Zamawiającego polegającego na braku sformułowania siwz w sposób jednoznaczny. W tym zakresie Izba podziela stanowisko Odwołującego się.

Złożenie przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu zkk zgodnie z przygotowanym przez siebie wzorem i konsekwencji uwzględnienia w cenie oferty 5% ceny oferty netto na roboty nieprzewidziane nie stanowi jednak, wbrew twierdzeniom Odwołującego się niezgodności treści ofert z treścią siwz, skutkującą odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przywołany przepis, co potwierdza doktryna i orzecznictwo, odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. W tym zakresie Odwołujący się nie podnosił zarzutów i przywołane okoliczności nie podlegają badaniu przez Izbę (art. 191 ust. 3 Pzp). Uwzględnienie w cenie oferty 5% ceny oferty netto na roboty nieprzewidziane winno zostać w okolicznościach sprawy potraktowane jako omyłka rachunkowa, która podlega poprawieniu przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Przepis ten nakazuje Zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Skorzystanie z dyspozycji przywołanego przepisu ma umożliwić Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty dla niego najkorzystniejszej - tzn., w okolicznościach sprawy, oferującą najniższą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia.

6

Reasumując Izba stwierdza, że potwierdził się zarzut dotyczący błędnego wymagania przez Zamawiającego uwzględnienia w cenie oferty 5% ceny oferty netto na roboty nieprzewidziane. Skoro jedynym kryterium oceny ofert jest cena to błąd popełniony przez Zamawiającego może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Z tego względu Izba na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a uwzględniła odwołanie.

Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 Pzp Izba nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Izba nie jest bowiem związana żądaniem odwołania (arg. *a contrario* z art. 191 ust. 3 Pzp). Przy wykonywaniu wyroku Izby Zamawiający winien uwzględnić art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Na marginesie zważyć należy, że żądanie unieważnienia postępowania przez Odwołującego się pozbawione jest *de lege lata* podstaw prawnych (191 ust. 3 Pzp w związku z art. 4 ust. 2 ustawy nowelizującej).

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

7

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 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

** niepotrzebne skreślić*