Sygn. akt KIO/UZP 1090/08

WYROK
z dnia 22 października 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Elżbieta Wasek, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Kopalnia Piachu i świru WASKOP Elżbieta Wasek", 09-409 Płock, ul. Walecznych 9a/14 (lider konsorcjum), Jacek Wasek, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „P.I.B. WASBUD Jacek Wasek", 09-409 Płock, ul. Walecznych 9a/14 oraz PHU LIMEKS Sp. z o.o.** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg, 09-400 Płock, ul. Bielska 9/11** protestu z dnia 15 września 2008r.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża **Miejski Zarząd Dróg, 09-400 Płock, ul. Bielska 9/11** 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 uiszczonego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się** o udzielenie **zamówienia: Elżbieta Wasek, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Kopalnia Piachu i świru WASKOP Elżbieta Wasek", 09-409 Płock, ul. Walecznych 9a/14 (lider konsorcjum), Jacek Wasek, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „P.I.B. WASBUD Jacek Wasek", 09-409 Płock, ul. Walecznych 9a/14 oraz PHU LIMEKS Sp. z o.o.,**

2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Miejski Zarząd Dróg, 09-400 Płock, ul. Bielska 9/11** na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Elżbieta Wasek, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Kopalnia Piachu i świru WASKOP Elżbieta Wasek", 09-409 Płock, ul. Walecznych 9a/14 (lider konsorcjum), Jacek Wasek, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „P.I.B. WASBUD Jacek Wasek", 09-409 Płock, ul. Walecznych 9a/14 oraz PHU LIMEKS Sp. z o.o.,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,

3) 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 **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Elżbieta Wasek, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Kopalnia Piachu i świru WASKOP Elżbieta Wasek", 09-409 Płock, ul. Walecznych 9a/14 (lider konsorcjum), Jacek Wasek, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „P.I.B. WASBUD Jacek Wasek", 09-409 Płock, ul. Walecznych 9a/14 oraz PHU LIMEKS Sp. z o.o.**

Uzasadnienie

W dniu 08.08.2008r., Miejski Zarząd Dróg, 09-400 Płock, ul. Bielska 9/11 (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. ,,Przebudowa ulicy Zduńskiej w Płocku" i w tym samym dniu zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia

29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655; dalej: Prawo zamówień publicznych).
Wartość zamówienia oszacowano na 1 645 450,82 zł, co stanowi równowartość 424 402,47 euro.

W dniu 10.09.2008r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej (za ofertę najkorzystniejszą uznana została oferta złożona przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grzegorz Wereszczyński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ,,Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Usługowe Wereszczyński", 09-400 Płock, ul. Przemysłowa 30 (lider konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Instalacyjne A. Wałęsa, M. Rybicki, L. Malara, spółka jawna), a także o odrzuceniu oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Elżbieta Wasek, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą ,,Kopalnia Piachu i świru WASKOP Elżbieta Wasek", 09-409 Płock, ul. Walecznych 9a/14 (lider konsorcjum), Jacek Wasek, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ,,P.I.B. WASBUD Jacek Wasek", 09-409 Płock, ul. Walecznych 9a/14 oraz PHU LIMEKS Sp. z o.o.
W dniu 15.09.2008r. Konsorcjum, którego oferta została odrzucona (dalej: Odwołujący) – złożyło protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 22.09.2008r. poprzez jego oddalenie, w tym samym dniu informując o swojej decyzji Odwołującego. Odwołujący w dniu 26.09.2008r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, i wnosił o powtórną ocenę ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych wskazał następujące podstawy faktyczne:
1) źle obliczona cena oferty w załączniku nr 5 (niezgodnie z wymaganiami SIWZ dział 15 ust. 1),
2) źle wypełniony załącznik nr 8 (wymagania SIWZ dział 9 ust. 4 oraz punktem 4 uwag strona 3 SIWZ),
3) treść załącznika nr 4a niezgodna z treścią załącznika nr 4 (wymagania SIWZ dział 9 uwaga pkt 1).

Wskazane przez Zamawiającego powody odrzucenia oferty są w ocenie Odwołującego uchybieniami w zakresie formy sporządzenia oferty, lecz nie stanowią w istocie uchybień

odnoszących się do treści oferty, zatem nie mogą być powodem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.
Zamawiający rozstrzygając protest stwierdził, że w przypadku uchybień wskazanych w ofercie Odwołującego zaistniała niezgodność ,,treści merytorycznej oferty, a nie jej formy".
Zdaniem Zamawiającego:
1) źle obliczona cena oferty w załączniku nr 5 powoduje, że z treści oferty nie wynika jednoznacznie, która cena oferty jest ostateczna: czy oferowana na załączniku nr 5, czy cena oferowana na załączniku nr 1 (jest to kwota kosztorysu nie uwzględniająca poz. nr 2 i 3 załącznika nr 5)
2) z treści załącznika nr 8 nie wynika jednoznacznie, czy wykonawca będzie zatrudniał podwykonawców, czy też roboty te wykona siłami własnymi,
3) treść załącznika nr 4a nie odpowiada treści załącznika 4, którego wzór zamawiający załączył do SIWZ; w kolumnie nr 3 należało podać wartość zamówienia brutto,

tymczasem w formularzu 4a podano tylko ,,wartość", więc nie wiadomo, jaka to jest wartość informacja ta nie wynika z załączonych referencji.

Odnosząc się do argumentów zawartych w rozstrzygnięciu protestu, Odwołujący wskazał:
1) w załączniku nr 5 należało przedstawić zestawienie cen elementów zamówienia oraz wykaz stawek i narzutów elementów robót ujętych w tym załączniku odnoszących się do poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, co Odwołujący przedstawił zgodnie z zaleceniem – wszystkie pozycje, które obejmuje załącznik nr 5 jako osobne zestawienie, są również ujęte w kosztorysie ofertowym (pozycje 43-44 i 46),
2) sposób wypełnienia załącznika nr 8 jednoznacznie wskazuje, że Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zamierzają wykonać zadanie siłami własnymi, bez udziału podwykonawców,
3) warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie się wykonaniem co najmniej 2 robót o wartości 500 000zł brutto każda; w ofercie Odwołującego wskazano m.in. 4 roboty o wartości powyżej 700 000 zł, zatem ,,niezrozumiałe jest dla wykonawcy stanowisko Zamawiającego w zakresie spełniania warunku doświadczenia przez wykonawcę".

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała za zasadne stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień

publicznych, jako podstawę faktyczną wskazując niezgodność załącznika nr 4a i 8 w ofercie Odwołującego z treścią tych załączników SIWZ.
Izba ustaliła, iż w załączniku nr 4a Odwołujący rzeczywiście zmienił brzmienie nagłówków kolumn w stosunku do brzmienia załącznika nr 4 załączonego do SIWZ (,,wartość brutto" na ,,wartość", ,,odbiorca" na ,,miejsce robót"), jednak treść załącznika, zatytułowanego przez Zamawiającego ,,Wykaz wykonanych robót budowlanych", a przez Odwołującego ,,Wykaz obiektów zrealizowanych [przez każdego z uczestników Konsorcjum] w ciągu ostatnich pięciu lat" nie stanowi treści oferty, zatem rozbieżności pomiędzy wzorem Zamawiającego a dokumentem załączonym do oferty Odwołującego nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, tj. jako nieodpowiadającej treści SIWZ. Omawiany ,,Wykaz (…)" jest dokumentem, który ma potwierdzić warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli dokument nie jest prawidłowy, Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych powinien wezwać wykonawcę do jego uzupełnienia (chyba że jego oferta podlega odrzuceniu), bądź mógł wezwać do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający bowiem nie twierdził, iż Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, polegającego na wykonaniu 2 robót budowlanych o wartości 500 000 zł brutto, lecz w istocie stwierdził wyłącznie, że wykaz robót załączony do oferty Odwołującego jest niezgodny ze wzorem załączonym do SIWZ. Wobec powyższego nie było podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z innym, niż w SIWZ, brzmieniem załącznika nr 4a załączonym do oferty Odwołującego.
Izba ustaliła, ze w załączniku nr 8 należało wskazać podwykonawców – tytuł tego załącznika brzmi ,,Wykaz części zamówienia, których wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom". W ofercie Odwołującego w tymże załączniku (strona 41 oferty) nie wymieniono podwykonawców (osób trzecich), lecz wskazano, jaki rzeczowy zakres robót (i o jakiej wartości) będą wykonywać poszczególni uczestnicy Konsorcjum. Taki sposób wypełnienia załącznika jednoznacznie wskazuje, że Odwołujący nie zamierza powierzyć wykonania żadnej części zamówienia podwykonawcom, lecz całość robót (suma robót wymienionych w załączniku nr 8 odpowiada cenie brutto oferty wskazanej w formularzu ofertowym, strona 1 oferty). Co prawda, w umowie konsorcjum z dnia 27.08.2008r. (załączonej do oferty, strona 6, mimo braku takiego obowiązku) uczestnicy konsorcjum w § 6 ust. 2 przewidziały możliwość powierzenia części prac podwykonawcom, jednak w ocenie Izby rozstrzygająca jest treść załącznika nr 8 w ofercie Odwołującego, deklarująca wykonanie całości zamówienia siłami własnymi. Wobec czego nie można stwierdzić

niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w tym zakresie.

5

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, ponieważ zdaniem Zamawiającego błędnie wypełniono załącznik nr 5 w ofercie Odwołującego, zatem oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ – Izba stwierdziła, że Zamawiający postąpił prawidłowo, zatem zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.
Izba ustaliła, iż Zamawiający do SIWZ załączył formularz zatytułowany ,,zestawienie cen elementów robót i wykaz stawek i narzutów" oznaczony jako ,,załącznik nr 5", strona 16 SIWZ. Formularz zawiera tabelę z trzema kolumnami (1 - lp., 2 - nazwa elementów robót, 3 - cena netto w zł) oraz 7 wersami (1 – nazwy kolumn, 2 - ,,1. Wartość robót z kosztorysu", 3 - ,,2. Tymczasowa organizacja ruchu (...)", 4 - ,,3. Obsługa geodezyjna (...), 5 - ,,4. Wykonanie i montaż 2 szt. Tablic informacyjnych (...)", 6 - ,,Inne", 7 - ,,Razem cena"). Odwołujący w ofercie umieścił formularz oznaczony jako załącznik nr 5 (strona 29 oferty); wypełniono w nim wersy 3-5 poprzez wpisanie tamże cen za poszczególne elementy, pominięto kolumnę 2 - ,,1. Wartość robót z kosztorysu" oraz 6 - ,,Inne". Do oferty załączono kosztorys ofertowy oraz formularz ofertowy zgodny ze wzorem zamieszczonym w SIWZ, w którym jednoznacznie wpisano cenę (czwarty wers tabeli, str. 1 oferty). Do formularza ofertowego (strona 1 oferty) przeniesiono kwotę z kosztorysu ofertowego, nie dodając do niej kwoty wynikającej z sumowania elementów wskazanych w załączniku nr 5 w wersach 3-5.
Zamawiający sposób obliczenia ceny opisał w dziale 15 SIWZ. W ust. 1 postanowiono, iż ,,cena oferty składa się z sumy ceny otrzymanej przez zsumowanie iloczynów cen jednostkowych i odpowiadających im ilości robót w kosztorysie ofertowym oraz wszelkich innych kosztów związanych z realizacją zamówienia – zgodnie z załącznikiem nr 5 do oferty". Zatem w załączniku nr 5 opisano wszystkie elementy składające się na przedmiot zamówienia – oprócz prac wycenionych w kosztorysie (A) należało wycenić jeszcze tymczasową organizację ruchu (B), obsługę geodezyjna (C), wykonanie i montaż 2 szt. Tablic informacyjnych (D). Wszystkie wymienione elementy zsumowane, zgodnie z przywołanym postanowieniem Działu 15 ust. 1 SIWZ, dają cenę ofertową (,,Razem cena"): A + B + C + D = cena.
Natomiast w ofercie Odwołującego nie zsumowano wszystkich wymienionych wyżej elementów; cena oferty równa się cenie wynikającej z kosztorysu ofertowego, czyli A = cena. Z brzmienia załącznika nr 5 w ofercie nie wynika, iż Odwołujący w cenie ofertowej uwzględnił pozostałe elementy przedmiotu zamówienia, tj. tymczasową organizację ruchu (B), obsługę geodezyjna (C), wykonanie i montaż 2 szt. Tablic informacyjnych (D).
Odwołujący zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie twierdził, iż wszystkie elementy przedmiotu zamówienia (A + B + C + D) ujął w kosztorysie ofertowym. Równocześnie oświadczył, że kosztorys ofertowy jest zgodny z przedmiarem robót i nie dokonywano w nim żadnych zmian polegających na dodawaniu pozycji czy zwiększaniu ilości w pozycjach.

6

Izba uznała, że stanowisko Odwołującego, iż w jego kosztorysie ofertowym zawarte są wszystkie elementy przedmiotu zamówienia nie może być zaakceptowane w całości. Można bowiem uznać, że koszt wykonania i montażu 2 szt. Tablic informacyjnych (D) został ujęty w dziale ,,Oznakowanie i urządzenia bezpieczeństwa ruchu" (w kosztach ogólnych kosztorysu) – zgodnie z oświadczeniem złożonym w ofercie, strona 28. Można również zaakceptować pogląd Odwołującego, że koszt obsługi geodezyjnej (C) zawarty jest w pozycji 1 i 46 kosztorysu, ponieważ z opisu tych pozycji w przedmiarze nie wynika, że zakres prac opisanych tamże nie może obejmować obsługi geodezyjnej.
Jednak w ocenie Izby w ofercie Odwołującego nie wyceniono tymczasowej organizacji ruchu (B). Jak wskazał Zamawiający na rozprawie, w skład przedmiotu zamówienia wchodzi realizacja dwóch projektów organizacji ruchu: docelowej (opisanej w przedmiarze robót, miała być wyceniona w kosztorysie ofertowym) i tymczasowej (opisanej w wersie 2 załącznika nr 5, miała być tamże wyceniona). Skoro Odwołujący twierdzi, że pozycji z przedmiaru nie zmieniał ilościowo, nie można mieć wątpliwości, że jego wycena organizacji ruchu obejmuje tylko docelową organizację ruchu (20 znaków, 31 słupków – pozycje 43-44 kosztorysu ofertowego, zgodnie z zakresem ilościowym w zestawieniu oznakowania

w ,,Projekcie docelowej organizacji ruchu", strona 9, kopia w aktach sprawy). Natomiast kosztorys ofertowy Odwołującego nie obejmuje 19 znaków i 100 słupków, zgodnie z zakresem ilościowym w zestawieniu oznakowania w ,,Projekcie tymczasowej organizacji ruchu", strona 8, kopia w aktach sprawy). Zatem w wycenie Odwołującego, o ile można przyjąć, że A zawiera C i D, to nie zawiera B, a więc treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ nie obejmuje ona tymczasowej organizacji ruchu (B). Wobec powyższego Zamawiający postąpił prawidłowo, odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ załącznik nr 5 został nieprawidłowo wypełniony, co skutkowało brakiem pełnej wyceny przedmiotu zamówienia, i niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ. Zauważyć należy, że pozostali uczestnicy postępowania (w postępowaniu złożono 3 oferty) wypełnili formularz prawidłowo (kopie w aktach sprawy), to jest zsumowali wycenę elementów A + B + C + D i otrzymaną sumę wskazali w formularzu ofertowym jako cenę ofertową.

Reasumując, dwa zarzuty spośród zarzutów podnoszonych przez Odwołującego są uzasadnione (Zamawiający nie postąpił prawidłowo, odrzucając ofertę Odwołującego z powodu załączników nr 4a i 8), natomiast jeden nie może być uwzględniony (Zamawiający słusznie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, z powodu niewłaściwego wypełnienia załącznika nr 5). Wobec czego Izba orzekła, jak w sentencji. Nakazano powtórzenie oceny ofert, ponieważ Zamawiający błędnie wskazał niektóre przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Płocku.**

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……