Sygn. akt KIO/UZP 1168/08

WYROK
z dnia 7 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Luiza Łamejko
Jolanta Markowska

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie* w dniu /w dniach* 7 listopada 2008 r.
w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. (pełnomocnik Konsorcjum), Drogowa Pracownia Projektowa inż. Ewa Białek, „Urban Media" Ewa Urban, 25-670 Kielce, ul. Przęsłowa 2a**
od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich, 25-602 Kielce, ul. Jagiellońska 72** protestu /protestów * z dnia 29 września 2008 r.

przy udziale **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart" Sp. z o.o., „FARDUB" Consulting Sp. z o.o., 25-116 Kielce, ul. Ściegiennego 268 A** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich, 25-602 Kielce, ul. Jagiellońska 72**
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 **Konsorcjum: Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. (pełnomocnik Konsorcjum), Drogowa Pracownia Projektowa inż. Ewa Białek, „Urban Media" Ewa Urban, 25-670 Kielce, ul. Przęsłowa 2a,**

2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich, 25-602 Kielce, ul. Jagiellońska 72** na rzecz **Konsorcjum: Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. (pełnomocnik Konsorcjum), Drogowa Pracownia Projektowa inż. Ewa Białek, „Urban Media" Ewa Urban, 25-670 Kielce, ul. Przęsłowa 2a,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

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 **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. (pełnomocnik Konsorcjum), Drogowa Pracownia Projektowa inż. Ewa Białek, „Urban Media" Ewa Urban, 25-670 Kielce, ul. Przęsłowa 2a.**

Uzasadnienie

Zamawiający Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzki w Kielcach, zwany w dalszej treści Zamawiającym, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na

opracowanie dokumentacji technicznej i wykonanie przebudowy drogi wojewódzkiej Nr 728 na odcinku granica województwa – Gowarczów od km 69 + 442 do km 75 + 800, opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 190266 – 2008 z dnia 14 sierpnia 2008 r.

2

W dniu 24 września 2008 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawcę – Konsorcjum Firm: Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (pełnomocnik konsorcjum), Drogowa Pracownia Projektowa inż. Ewa Białek z siedzibą w Kielcach oraz „Urban Media" Ewa Urban z siedzibą w Warszawie (partnerzy), o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznana została oferta Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart" Sp. z o.o., „FARDUB" Consulting Sp. z o.o. z siedzibami w Kielcach, zwane w dalszej części Konsorcjum PRI „Fart"
Pismem z dnia 29 września 2008 r. Wykonawca wniósł do Zamawiającego protest wobec jego czynności polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum PRI „Fart". Wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej w skrócie ustawą Pzp, wskazując na powyższe, Wykonawca wniósł o:

1) unieważnienie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej,
2) odrzucenie oferty Konsorcjum PRI „Fart" w Kielcach,
3) dokonanie wyboru oferty Protestującego jako najkorzystniejszej.

Wykonawca wskazał, iż treść ofert Konsorcjum PRI „Fart" nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a ponadto jej złożenie przez Konsorcjum PRI „Fart" stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.
Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Wykonawca wskazał, że zgodnie z pkt 4.1 programu funkcjonalno-użytkowego, wykonawcy winni byli przedłożyć jako załączniki do ofert wstępne opisy wszystkich robót, obejmujące informacje dotyczące proponowanych rodzajów i klas kruszywa, innych materiałów do warstw konstrukcyjnych oraz technologii wykonania robót na przepustach, przy czym informacje te miały być przedłożone w formie opisów, obliczeń, schematów i tabel. W ocenie Wykonawcy, opisem technologii nie jest jedyne zdanie zamieszczone w pkt 7 przedłożonego przez Konsorcjum PRI „Fart" wstępnego opisu wszystkich robót: „istniejące przepusty zostaną przedłużone, zniszczone przepusty i murki czołowe zostaną wymienione na nowe". Jednocześnie Wykonawca podniósł, iż przywołany w pkt 1 wstępnego opisu wszystkich robót przez Konsorcjum PRI „Fart" katalog typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych, IBDiM Warszawa 1997 w kwestii dotyczących wymagań materiałowych odwołuje się do dawno już nieobowiązujących norm oraz materiałów, które nie są już produkowane od kilku lat. Wykonawca przywołał również orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie sygn. akt KIO/UZP 218/08, zgodnie z którym za ofertę nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia uważa się ofertę która jest sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia SIWZ.

3

Odnosząc się do zarzutu, iż oferta złożona przez Konsorcjum PRI „Fart" stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Wykonawca podnosi, iż biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego i przyjęte rozwiązania konstrukcyjne należy uznać, że niemożliwe jest wyprodukowanie mieszanki BA w cenie wskazanej w ofercie (do czego należy jeszcze doliczyć koszt transportu i wbudowania).
Do powyższego protestu Konsorcjum PRI „Fart" zgłosiło pismem z dnia 3 października 2008 r. przystąpienie podnosząc, iż złożona przez nie oferta spełnia wymogi SIWZ, gdyż Zamawiający żądał przedstawienia wstępnego, a nie szczegółowego opisu wszystkich robót. Ww. Konsorcjum wskazało również, iż nie jest zasadny zarzut dotyczący braku wykazu planowanych do zastosowania materiałów, gdyż w swojej ofercie zobowiązało się do zastosowania materiałów wymaganych przez Zamawiającego. Odnosząc się zaś do zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, konsorcjum wyjaśniło, że wskazany w proteście sposób wyliczenia ceny jednostkowej nie ma zastosowania do oprotestowanej oferty, gdyż możliwe jest zastosowanie alternatywnego rozwiązania konstrukcyjnego, a nadto w związku

z posiadaniem przez Konsorcjum PRI „Fart" kruszywa własnej produkcji, koszt wytworzenia przez nie masy bitumicznej jest odpowiednio niższy.
W odpowiedzi na protest Wykonawcy, Zamawiający pismem z dnia 7 października 2008 r. oddalił ów protest w całości. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający wskazał, że żądany przez niego opis wszystkich robót składających się na przedmiot zamówienia winien być opisem wstępnym, natomiast szczegółowy zakres robót określić ma dopiero dokumentacja, która zostanie zrealizowana w wyniku udzielenia zamówienia. Odnosząc się zaś do zarzutu, iż oferta Konsorcjum PRI „Fart" stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Zamawiający stwierdził, iż w przedmiotowej ofercie przedstawiona została cena warstwy ścieralnej na całej długości drogi, natomiast nie została przedstawiona cena jednostkowa, gdyż nie było to wymagane w SIWZ. Zdaniem Zamawiającego rozpatrywania protestującego Wykonawcy w powyższej kwestii są tylko przypuszczeniem i nie mogą stanowić podstaw do uwzględnienia protestu.
Od powyższego rozstrzygnięcia protestu pismem z dnia 10 października 2008 r. Wykonawca wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PRI FART Sp. z o.o. w Kielcach i FARBUD CONSULTING Sp. z o.o. w Kielcach. Wskazując na powyższe, Wykonawca wniósł o:
1) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum PRI „Fart"
2) nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum PRI „Fart",
3) nakazanie wyboru oferty konsorcjum KPRD Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Podtrzymując wnioski i zarzuty podniesione w proteście, wykonawca podniósł, iż ofercie Konsorcjum PRI „Fart" brak jest: 1) wstępnego opisu dotyczącego konstrukcji zatok autobusowych, 2) opisów, obliczeń, schematów, tabel dotyczących proponowanych rodzajów i klas kruszywa, 3) opisów, obliczeń, schematów, tabel dotyczących proponowanych innych materiałów do warstw konstrukcyjnych (np. dot. asfaltu), 4) opisu technologii wykonania robót na przepustach.
Wykonawca nie zgodził się również ze stanowiskiem Zamawiającego, iż wobec nie żądania w SIWZ obowiązku podania ceny jednostkowej warstwy ścieralnej, element ten nie podlega badaniu i nie może być podstawą do rozpatrzenia protestu w tym zakresie. Ponadto Wykonawca wskazał, iż Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu nie odniósł się do kwestii niemożliwości spełnienia wymagań zamawiającego przy cenie warstwy ścieralnej zaproponowanej w ofercie Konsorcjum PRI „Fart"

W postępowaniu uczestniczy przystępujący – Konsorcjum PRI „Fart". W postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia protestu, przystąpienie dokonane zostało pismem z dnia 3.10.2008r. wniesionym do zamawiającego w dniu 3.10.2008r. (faksem) i 6.10.2008 r. (pisemnie). W postępowaniu odwoławczym przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego zgłoszono pismem z dnia 5.11.2008r., wniesionym do Prezesa UZP w dniu 6.11.2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności SIWZ, wybranej oferty oraz wyjaśnień stron złożonych na rozprawie, ustaliła, co następuje.

W postępowaniu złożyli oferty:
1) Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart" sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (pełnomocnik), „FARBUD" CONSULTING sp. z o.o. z z siedzibą w Kielcach, z ceną oferty 5.985.000,01 zł, oferta wybrana,
2) Konsorcjum firm:
Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (pełnomocnik),
Drogowa Pracownia Projektowa inż. Ewa Białek z siedzibą w Kielcach,
„Urban Media" Ewa Urban z siedzibą w Warszawie,
z ceną oferty 9.055.715,87 zł, – odwołujący w sprawie, zwany w dalszej treści odwołującym,
3) BUDROMOST STARACHOWICE sp. z o.o. z siedzibą w Wąchocku z ceną oferty 11.479.330,75 zł.

W Rozdziale 2 SIWZ pt. „Instrukcja dla wykonawców …" w pkt 11.4, Zamawiający określił, że oferta powinna zawierać wypełniony formularz oferty oraz następujące dokumenty, w tym w pkt 11.4.5. podał, że wstępny opis wszystkich robót zgodny z wymogami programu funkcjonalno-użytkowego. W Rozdziale 4 pt. „Opis przedmiotu zamówienia, Program funkcjonalno-użytkowy", w części II pt. „Wymagania Zamawiającego dla przedmiotu zamówienia", w pkt 4, Zamawiający podał „Wymagania dotyczące opracowań projektowych załączanych do oferty", w części 4.1. „Część techniczna: Wykonawca przedkłada jako załączniki do oferty wstępny opis wszystkich robót zgodny z wymogami niniejszego programu oraz wstępny harmonogram robót. Informacje do oferty są przedkładane w formie opisów obliczeń, schematów, tabel, które dotyczą:
A – proponowanych rodzajów i klas kruszywa
B - innych materiałów do warstw konstrukcyjnych
C – technologii wykonania poboczy
D- technologii wykonania robót na przepustach".
Odwołujący kwestionując treść oferty stwierdził, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ w zakresie pkt A, B, D.
W wybranej ofercie na str. 62 i 63 Wykonawca zamieścił wstępny opis wszystkich robót, jako załącznik nr 6 do oferty. W dziewięciu punktach zawarł opis dotyczący m.in. wzmocnienia istniejącej nawierzchni (pkt 1), konstrukcji nawierzchni jezdni i poszerzeń (pkt 2), chodników (pkt 3), poboczy ziemnych (pkt 4) i istniejących przepustów (pkt 7).
Odwołujący twierdził, że ze wskazanych fragmentów wstępnego opisu wszystkich robót nie wynikają dane, jakie wstępny opis wszystkich robót powinien zawierać spełniając wymóg zgodności opisu z wymogami programu funkcjonalno-użytkowego (pkt 11.4.5. Rozdziału 2 „Instrukcja dla Wykonawców wraz z załącznikami"). Podkreślił, że kwestionuje wstępny opis wszystkich robót w zakresie wymogów wynikających z części 4.,4.1 Rozdział IV „Opis przedmiotu zamówienia, Program funkcjonalno-użytkowy", część II „Wymagania Zamawiającego dla przedmiotu zamówienia" oznaczonych literami A, B i D – co wskazał w proteście i odwołaniu. Odwołujący stwierdził, że wskazany wyżej pkt 4. „Wymagania dotyczące opracowań projektowych załączanych do oferty" mają wynikać z wstępnego opisu załączonego do oferty w prowadzonym postępowaniu, nie zaś z przyszłej dokumentacji projektowej. Zamawiający zaś wyjaśniał, iż wymagania określone w tym punkcie nie muszą znaleźć potwierdzenia w ofercie, ponieważ wymagania te dotyczą opracowań projektowych, które będą wykonane, jako dokumentacja projektowa przez wybranego w tym postępowaniu wykonawcę.
W zakresie zaniżonej ceny warstwy ścieralnej na całej długości drogi, jak obliczył Odwołujący i podał to w proteście, wynoszącej 17,19, zł netto za 1 m² przy grubości 5 cm,

Odwołujący przedstawił swoje stanowisko twierdząc, że skoro Wykonawca wskazał w wybranej ofercie we wstępnym opisie wszystkich robót w pkt 1, że wzmocnienie nawierzchni wykona zgodnie z Katalogiem typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych, IBDiM Warszawa 1997 r. oraz z Warunkami technicznymi wykonania warstw podbudowy z mieszanki mineralno-cementowo-emulsyjnej (MCE) w sposób zapewniający uzyskanie wymaganych przez Zamawiającego parametrów projektowanej drogi, to należy przyjąć, że grubość warstwy ścieralnej nie może być inna niż 5 cm i w takim przypadku cena oferty dotycząca warstwy ścieralnej na całej długości drogi, jest nieadekwatna do wartości koniecznych do wykonania w tym zakresie robót.
Zamawiający wyjaśnił, że w ofercie nie podano konkretnie, że grubość warstwy ścieralnej będzie wynosiła 5 cm i stwierdził, że warstwa ścieralna może być o mniejszej grubości. Wówczas pozostałe warstwy nawierzchni zniwelują tę różnicę. Stwierdził, że nie miał żadnych podstaw, by kwestionować cenę warstwy ścieralnej drogi określoną w wybranej ofercie.

KIO zważyła, co następuje.
Odwołujący posiada interes prawny wnosząc środki ochrony prawnej, w tym rozpoznawane odwołanie, bowiem jego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert (po ofercie wybranej) i w razie uwzględnienia odwołania, Odwołujący ma ewentualną możliwość

uzyskania przedmiotowego zamówienia.
Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.
Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Zamawiającego, iż omawiany pkt 4.1 dotyczący informacji, jakie należało przedłożyć do oferty, oznaczonych literami A, B i D, nie dotyczy treści ofert złożonych w aktualnie prowadzonym postępowaniu, lecz powinien być uwzględniony w dokumentacji projektowej wykonawcy, która zostanie opracowania po zawarciu umowy w następstwie wyboru oferty w przedmiotowym postępowaniu. Z przedstawionej SIWZ (pkt 11.4.5 Rozdział 2 „Instrukcja dla wykonawców…" oraz pkt 4.1 (Rozdział IV „Opis przedmiotu zamówienia, Program funkcjonalno-użytkowy", część II „Wymagania Zamawiającego dla przedmiotu zamówienia") jednoznacznie wynika, że wykonawcy mieli obowiązek złożyć wstępny opis wszystkich robót, uwzględniający wymagania programu funkcjonalno-użytkowego. Część 4. pt. „Wymagania dotyczące opracowań projektowych załączanych do oferty" określiła część techniczną w zakresie rodzaju i klas kruszywa (lit. A), innych materiałów do warstw konstrukcyjnych (lit. B) oraz technologii wykonania robót na przepustach (lit. D). Informacje odpowiadające wskazanym wymogom miały być przedłożone w formie opisów obliczeń, schematów i tabel.
W ocenie KIO, Wykonawca nie przedstawił w wybranej ofercie wymagań określonych w pkt 4, ani co do formy, ani co do treści wynikającej z pkt A, B i D. Wstępny opis wszystkich robót,

w wybranej ofercie, stanowi załącznik nr 6, str. 62 i 63, są to pkt m.in. 1, 2, 3, 4, 5 i 7. Treść tych punktów nie odpowiada wymogom SIWZ. Nie można bowiem uznać, że treść pkt 3, 4 i 5, w których zawarto określenia „podbudowie z kruszywa", „kruszywem łamanym niesortowalnym 0-31,5 mm grubości 12 cm", „wykonane z kruszywa" wskazują rodzaje i klasę kruszywa. Również określenia zawarte w pkt 1 i 2 opisu, nie podają innych materiałów do warstw konstrukcyjnych. Treść tych punktów opisuje sposób wzmocnienia istniejącej nawierzchni. Pkt 7 stanowiący, iż istniejące przepusty zostaną przedłużone, zniszczone przepusty i murki czołowe zostaną wymienione na nowe, nie określa technologii wykonania robót na przepustach, przez którą to technologię należy rozumieć sposób wykonania robót, a nie tylko potwierdzenie zawarte w opisie, że zostaną one wykonane.
W ocenie KIO, nie potwierdził się zarzut dotyczący niewłaściwej ceny warstwy ścieralnej na całej długości drogi. Zamawiający żądał w SIWZ, by w formularzu ofertowym pt „Oferta" w pkt 3 wykonawcy podali cenę warstwy ścieralnej na całej długości drogi, wyrażając ją jako cenę netto i cenę brutto. śądał też podania ceny 1 km drogi bez warstwy ścieralnej, także jako ceny netto i brutto. W wybranej ofercie wykonawca podał te wielkości i, co do zasady odnoszącej się do sposobu wypełnienia formularza w tym zakresie, Odwołujący nie wnosił zarzutów. Jedynie Odwołujący podał w proteście, że z jego wyliczeń wynika, iż cena netto za 1 m² warstwy ścieralnej drogi, przy założeniu, że warstwa ta ma grubość 5 cm, wynosi 17,19 zł. Odwołujący nie wykazał, że jest to cena zaniżona w stosunku do wartości warstwy ścieralnej, jak również nie wykazał, że warstwa ta będzie miała grubość 5 cm.
W ocenie KIO, potwierdził się pierwszy zarzut dotyczący niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, zatem Izba uwzględniła odwołanie i na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

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

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 **Kielcach.**

Przewodniczący:
……

Członkowie: ……
……

_____

* *niepotrzebne skreślić*