

WYROK

z dnia 22 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Andrzej Niwicki

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wspólnie ubiegających się o zamówienie:

Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe EKO – WARK Sp. z o.o.

ul. Kniewska 4, 70-846 Szczecin oraz

Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjno – Handlowe OTECH Sp. z o.o.

ul. Dukielska 83, 38-300 Gorlice

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o.

ul. Cieślaka 6a, 78-400 Szczecinek w imieniu i na rzecz której działa

Związek Miast i Gmin Dorzecza Parsęty z siedzibą w Karlinie

Jednostka Realizująca Projekt

ul. Koszalińska 96A, 78-230 Karlino

protestu z dnia 19 marca 2008 r. (pismo z 18 marca 2008 r., wniesiony do zamawiającego 19 marca 2008 r.)

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego się oraz wspólnie ubiegających się o zamówienie:

Budimex – Dromex S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa i Cadagua SA

Gran Via 45, 48011 Bilbao, Hiszpania zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe EKO – WARK Sp. z o.o. ul. Kniewska 4, 70-846 Szczecin oraz Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjno – Handlowe OTECH Sp. z o.o. ul. Dukielska 83, 38-300 Gorlice 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 uiszczzonego przez wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Usługowego EKO – WARK Sp. z o.o. ul. Kniewska 4, 70-846 Szczecin oraz Przedsiębiorstwa Usługowo – Produkcyjno – Handlowego OTECH Sp. z o.o. ul. Dukielska 83, 38-300 Gorlice,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 355 zł 86 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta pięćdziesiąt pięć złotych osiemdziesiąt sześć groszy) przez wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Usługowego EKO – WARK Sp. z o.o. ul. Kniewska 4, 70-846 Szczecin oraz Przedsiębiorstwa Usługowo – Produkcyjno – Handlowego OTECH Sp. z o.o. ul. Dukielska 83, 38-300 Gorlice na rzecz Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. ul. Cieślaka 6a, 78-400 Szczecinek stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
- 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 wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Usługowego EKO – WARK Sp. z o.o. ul. Kniewska 4, 70-846 Szczecin oraz Przedsiębiorstwa Usługowo – Produkcyjno – Handlowego OTECH Sp. z o.o. ul. Dukielska 83, 38-300 Gorlice.**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *na roboty budowlane w projekcie Zintegrowana gospodarka wodno – ściekowa w Dorzeczu Parsęty Rejon III Szczecinek – Kontrakt XXIII A – oczyszczalnia ścieków w Szczecinku*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655). Ogłoszenie zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z 14 listopada 2007 r. pod numerem 2007/S 219-266630. Wartość zamówienia wynosi 86.985.167,78 zł, tj. 19.827.938,86 euro.

Przedmiotowe zamówienie ma być wykonane zgodnie z „Warunkami kontraktowymi dla budowy dla robót inżynieryjno – budowlanych projektowanych przez Zamawiającego”, wydanymi przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów (FIDIC).

17 marca 2008 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, na którą to czynność Zamawiającego 19 marca 2008 r. wnieśli protest wspólnie ubiegający się o zamówienie: Budimex – Dromex S.A. i Cadagua SA zarzucając Zamawiającemu:

1. dokonanie wyboru wykonawcy z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie wszystkich podmiotów biorących udział w postępowaniu i prowadzenie postępowania w sposób nie gwarantujący zachowania uczciwej konkurencji,
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niedorzucenie oferty Odwołującego,

3. zaniechanie obiektywnej oceny dokumentów wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz dokonanie oceny dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w sposób nie gwarantujący zachowania uczciwej konkurencji,
4. zaniechanie wykluczenia Odwołującego z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych

i żądając unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych bądź jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz dokonania powtórnego badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Budimex – Dromex S.A. i Cadagua SA stwierdziły, iż oferta złożona przez Odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ nie dokonał on modyfikacji następujących pozycji przedmiaru robót, które zostały przez Zamawiającego zmodyfikowane pismami z 21 grudnia 2007 r., 28 grudnia 2007 r. i 11 stycznia 2008 r.:

poz. 1236 – brak słów *gr. ścianki 106x3* (dot. rurociągu tłocznego),

poz. 1264 – jest pomp *dwugłowicowych*, a powinno być *jednogłowicowych*,

poz. 1538 – brak słów *nominalne 1,6 Mpa* (dot. ciśnienia),

poz. 1791 – brak słów *nierdzewna* (dot. stali),

poz. 1799 – brak słów *i ścieków. Zasuwa lokalizowana w środowisku osadowym*,

poz. 1800 – po „zasuwa” brak słów *lokalizowana w środowisku osadowym*,

poz. 1876 – zamiast *do ponownego montażu* powinno być *wraz z ponownym montażem*,

poz. 1877 – zamiast „Demontaż pompy *elektrolitu* typu Allweiler SEBP550.1 o masie 0,02 tony *do ponownego montażu*” powinno być „Demontaż pompy *polielektrolitu* typu Allweiler SEBP550.1 o masie 0,02 tony”,

poz. 1907, 1908 – jest *bm* zamiast *mb* (metry bieżące),

poz. 2003 – brak informacji, iż chodzi o dmuchawy promieniowe; również w kosztach nie uwzględniono droższych dmuchaw promieniowych, lecz tańsze woporowe,

poz. 2076 – brak słów *EPDM* dot. uszczelnienia,

poz. 2188 – jest 200 mb zamiast o jednostkowych długościach 71,05 m, 71,05 m, 1,30 m, 9,40 m (dot. rur),

poz. 2189 – jest 200 mb zamiast o długości 2,9 m, 6,0 m (dot. rur),

poz. 2190 – jest 200 mb zamiast o długości 13,60 m,

poz. 2256 – jest 200 mb zamiast 158,20 m,

poz. 2257 – jest 200 mb zamiast 77,40 m,

poz. 2267 – brak słów o długości 96,10 m.

(Zarzuty nie stanowiące przedmiotu odwołania, zostały pominięte jako nie mające znaczenia dla sprawy.)

20 marca 2008 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wniesieniu protestu, a 25 marca 2008 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesieniu protestu po stronie Zamawiającego przystąpił Odwołujący (23 i 24 marca były dniami ustawowo wolnymi od pracy).

Odwołujący stwierdził w przystąpieniu, iż zarzut dotyczący nieodrzczenia jego oferty jest bezpodstawny, bowiem cena oferty w przedmiotowym postępowaniu ma charakter ceny ryczałtowej, a nie kosztorysowej, więc żądanie wypełnionego przedmiaru robót nie ma dla Zamawiającego znaczenia dla sposobu rozliczenia prac. Poza tym składając ofertę oświadczył, iż uwzględnił w jej treści także wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A w razie wątpliwości w zakresie oceny przedmiarów mogą być one uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, są to bowiem dokumenty żądane w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego na podstawie § 3 rozporządzenia z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. W wyniku ich uzupełnienia nie dojdzie do dokonania zmiany treści oferty, bowiem jednoznaczna treść oferty wskazana jest w formularzu ofertowym. (Pozostałe argumenty dotyczyły kwestii nieistotnych dla rozpatrzenia odwołania.)

27 marca 2008 r. Zamawiający oddalił protest w odniesieniu do zarzutu zaniechania wykluczenia Odwołującego, lecz uwzględnił zarzut

niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zapowiedział powtórzenie czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz wybór oferty najkorzystniejszej. Stwierdził też, iż wynagrodzenie nie ma charakteru ryczałtowego, lecz kosztorysowy.

Na powyższe uwzględnienie protestu 1 kwietnia 2008 r. (wpływ do UZP 7 kwietnia 2008 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uwzględnienie protestu i stwierdzenie, że jego oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Poza tym nie zgadza ze stwierdzeniem, że cena jest ceną kosztorysową i powtarza, iż, zgodnie z zapisem formularza ofertowego oświadczył, iż gwarantuje wykonanie całości zamówienia zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wyjaśnień. Ponieważ cena jest ceną ryczałtową, ewentualne rozbieżności pomiędzy przedmiarami przedłożonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia a złożonymi w ofercie, nie mogą być podstawą uznania, że oferta ta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący z ostrożności, ale świadomie i celowo nie wprowadził zmian wynikających z modyfikacji poczynionych przez Zamawiającego w treści przedmiarów, ale uznał te zmiany za wiążące, co oświadczył w formularzu ofertowym. Sam Zamawiający zmian tych nie wprowadził do przedmiarów i nie przekazał wykonawcom ujednocnionej treści przedmiarów – w tej sytuacji Odwołujący uznał, że ewentualne samodzielne zmiany przedmiarów mogłyby być uznane przez konkurentów za ewentualną zmianę treści oferty w stosunku do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący uważa także, iż dokumenty te podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podniósł także, iż Zamawiający, powołując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż przedmiotowe zamówienie ma być wykonane zgodnie z „Warunkami kontraktowymi dla budowy dla robót inżyniersko – budowlanych projektowanych przez Zamawiającego”,

wydanymi przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów (FIDIC) dostępnymi pod adresem SIDIR, natomiast nie załączył ich do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co sprawia, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest niekompletna – brak podania postanowień umownych, o których mowa w art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, co stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie opisywania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący (warunki te bowiem stanowią integralną część opisu przedmiotu zamówienia, gdyż określają sposób jego wykonania).

Odwołujący, jakkolwiek nie dysponuje ofertą Budimex – Dromex S.A. i Cadagua SA, „z ostrożności” podnosi też, iż protest złożony przez Budimex – Dromex S.A. i Cadagua SA powinien być odrzucony na podstawie art. 181 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych jako wniesiony przez podmiot nieuprawniony – podpisujący go pełnomocnik nie posiada umocowania do jego wniesienia ani udzielania dalszych pełnomocnictw.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, iż Budimex – Dromex S.A. i Cadagua SA przedstawiły odpowiednie pełnomocnictwa do wniesienia protestu i reprezentowania tych wykonawców przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Izba stwierdziła również, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ustalił, iż wynagrodzenie będzie kosztorysowe. Potwierdza to zwłaszcza odpowiedź na pytanie 73. „Prosimy o potwierdzenie, że wynagrodzenie kontraktowe nie jest ryczałtowe...” udzielona 21 grudnia 2007 r.: „Zamawiający potwierdza, iż wynagrodzenie kontraktowe nie jest ryczałtowe...”.

Fakt, iż w ofercie złożonej przez Odwołującego istnieją niezgodności zapisów przywołanych w proteście jest niesporny i został przyznany przez Strony. Przedmiotem sporu były jedynie jego skutki. Zdaniem Odwołującego niezgodność pomiędzy zmienionymi zapisami przedmiarów a kosztorysem ofertowym nie ma znaczenia, ponieważ oferta obejmuje te zmiany, co

potwierdza oświadczenie złożone na jej pierwszej stronie „gwarantuję wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji...”. Natomiast Odwołujący nie ujął zmian *expressis verbis* w kosztorysie, ponieważ również Zamawiający nie przesłał wykonawcom zmienionych formularzy przedmiaru.

Jak wskazał Przystępujący, modyfikacje wprowadzone przez Zamawiającego w podanych pozycjach, miały wpływ na wycenę tych pozycji i jakość oferowanych materiałów (np. poz. 1236, 1264, 1791, 1799, 1800) lub rozmiar wykonanych prac lub użytych materiałów (np. poz. 1876, poz. 2188 – 2190, poz. 2256 i 2257), a, ze względu na kosztorysowy charakter wynagrodzenia, również na późniejsze rozliczenia pomiędzy Zamawiającym i wykonawcą robót.

Skład orzekający Izby stwierdził, iż w kosztorysie ofertowym istnieją widoczne niezgodności ze zmienionymi przez Zamawiającego opisami pozycji przedmiaru, a w ofercie nie zostały uwzględnione wszystkie wymagania Zamawiającego, które wpływają na cenę i zakres wymaganego przez Zamawiającego świadczenia. Przesyłanie przez zamawiających nowych wersji dokumentów składających się na specyfikację istotnych warunków zamówienia mających ułatwić złożenie oferty jest częstą praktyką zamawiających, ale nie jest wymogiem uznania ważności wprowadzonych zmian i ich nieprzesłanie nie oznacza, iż zmian tych nie należy ująć w ofercie.

Jednocześnie skład orzekający Izby stwierdził, iż kosztorys ofertowy nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie jest dokumentem, o którym mowa w § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) potwierdzającym, iż oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego, lecz określającymi zakres świadczenia oraz, przede wszystkim, określającym cenę – jak wskazuje sama definicja słowa

„kosztorys” – jest to „obliczenie przewidywanych kosztów związanych z wykonaniem czegoś” (za internetowym „Słownikiem języka polskiego” PWN).

W zakresie zarzutu dotyczącego niedołączenia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia publikacji „Warunki kontraktowe dla budowy dla robót inżynieryjno – budowlanych projektowanych przez Zamawiającego”, wydanych przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów (FIDIC) skład orzekający Izby stwierdza, iż zarzut ten podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jako podniesiony z uchybieniem terminów określonych w ustawie, ponieważ jest to zarzut dotyczący treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i powinien być podniesiony w terminie określonym w art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli w ciągu 14 dni od dnia publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. Skład orzekający Izby nie uznał także tego faktu za okoliczność skutkującą obowiązkiem unieważnienia postępowania z urzędu, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia i dojazdu pełnomocnika Zamawiającego na podstawie faktur złożonych do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Koszalinie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....