

Sygn. akt: KIO/UZP 369/08

WYROK
z dnia 5 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

**Członkowie: Izabela Niedziałek
Andrzej Niwicki**

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Himmel i Papesch Opole Sp. z o. o., 46-020 Czarnowąsy, ul. Jagiełły 39 i PRInż - Mosty Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych, 40-321 Katowice, ul. Miedziana 15** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, 40-609 Katowice, ul. Lechicka 24** protestu z dnia 3 kwietnia 2008 r.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, 40-609 Katowice, ul. Lechicka 24

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: Himmel i Papesch Opole Spółka z o. o., 46-020 Czarnowąsy, ul. Jagiełły 39 i PRInż - Mosty Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych, 40-321 Katowice, ul. Miedziana 15;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, 40-609 Katowice, ul. Lechicka 24** na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Himmel i Papesch Opole Spółka z o. o., 46-020 Czarnowąsy, ul. Jagiełły 39 i PRInż - Mosty Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych, 40-321 Katowice, ul. Miedziana 15** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 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: Himmel i Papesch Opole Spółka z o. o., 46-020 Czarnowąsy, ul. Jagiełły 39 i PRInż - Mosty Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych, 40-321 Katowice, ul. Miedziana 15.**

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

W dniu 04.02.2008r. Zarząd Dróg Wojewódzkich, 40-609 Katowice, ul. Lechicka 24, (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa wiaduktu nad torami PKP w ciągu drogi wojewódzkiej nr 795 w km 15+468 w miejscowości Szczekociny” i w tym samym dniu zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Wartość zamówienia oszacowano na 9 582 603,79 zł (2 471 590,5 euro).

W dniu 28.03.2008r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i w tym samym dniu zawiadomił uczestników postępowania o tej czynności – za ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Himmel i Papesch Opole Spółka z o. o., 46-020 Czarnowąsy, ul. Jagiełły 39

i PRInż - Mosty Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych, 40-321 Katowice, ul. Miedziana 15 (zwani dalej Odwołującym). Miejsce drugie w rankingu punktowym zajęła oferta złożona przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intercor Sp. z o.o. , 42-431 Zawiercie, ul. Paderewskiego 120 oraz DROG-BUD Sp. z o.o., 42-209 Częstochowa, Lubojenka ul. Prosta 88/90 (zwani dalej Konsorcjum Intercor), natomiast trzecie – oferta złożona przez Strabag Polska Sp. z o.o., 03-472 Warszawa, ul. Brechta 7, (zwany dalej Protestującym). W dniu 03.04.2008r. Strabag sp. z o.o. złożyła protest, wskazując, iż oferta Odwołującego i Konsorcjum Intercor powinna zostać odrzucona, ponieważ jej treść nie jest zgodna z treścią SIWZ (ww. oferty zdaniem Protestującego zawierały błędy w kosztorysach ofertowych, polegające na nieuwzględnieniu modyfikacji SIWZ). W dniu 07.04.2008r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił Odwołujący (o wniesieniu protestu został zawiadomiony w dniu 04.04.2008r.) twierdząc, iż w swojej ofercie uwzględnił wszystkie modyfikacje SIWZ, a więc jego oferta nie podlega odrzuceniu.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 14.04.2008r. uwzględniając go w części – tj. odnośnie zarzutów co do oferty złożonej przez Odwołującego i zarzutów co do oferty złożonej przez Konsorcjum Intercor w zakresie poz. 93 kosztorysu ofertowego. W pozostałym zakresie protest oddalił. Odwołujący w dniu 18.04.2008r. (data stempla na kopercie listu poleconego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W dniu 15.04.2008r. w konsekwencji rozstrzygnięcia protestu, Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych i unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ cena oferty najkorzystniejszej (po powtórny wyborze za najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez Strabag Sp. z o.o. z ceną 15 590 490,14zł) przekracza ilość środków, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (Zamawiający w dn. 26.03.2008r. zdecydował o zwiększeniu ilości środków, które zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, z kwoty 11 932 000,00zł do kwoty 13 760 000,00zł).

Czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania nie jest prawomocna, ponieważ w związku z nią Odwołujący w dn. 17.04.2008r. złożył protest, a termin do złożenia odwołania, według zgodnego oświadczenia Stron, jeszcze nie minął.

W proteście, odnośnie zarzutów, których dotyczy rozpatrywane odwołanie, Protestujący wskazał, iż Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655; dalej: Prawo zamówień publicznych), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

złożonej przez Odwołującego, ponieważ nie uwzględniono w niej modyfikacji SIWZ z dn. 05.03.2008r. w odpowiedzi na pytanie nr 51, polegającej na rozbiciu pierwotnie podanej w przedmiarze ilości asortymentu na dwie wartości, które miały być wycenione wg różnych pozycji KNR, zmieniono również średnicę prętów.

W przystąpieniu do protestu, Odwołujący podniósł, że uwzględnił w swojej ofercie zmiany SIWZ z dn. 05.03.2008r., a ponadto wskazał, że w ofercie złożył oświadczenie, iż zaakceptował wszystkie postanowienia SIWZ oraz uzyskał wszelkie niezbędne informacje do przygotowania i złożenia oferty oraz zrealizowania zamówienia.

W odwołaniu Odwołujący wnosił o:

1. nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i odrzucenia jego oferty, podtrzymując argumenty podniesione w przystąpieniu do protestu, a przemawiające za uznaniem załączonego przez niego do oferty kosztorysu ofertowego za zgodny z treścią SIWZ (w szczególności z jej modyfikacjami z dn. 26.02.2008r. i 05.03.2008r),
2. zasądzenie kosztów postępowania.

Odwołujący na rozprawie oświadczył, że argumenty zawarte w odwołaniu, a dotyczące zarzutów protestu w zakresie nieuwzględnienia w jego ofercie odpowiedzi na pytanie nr 18, 19 i 20, w których zmieniono wytyczne (SST) dotyczące wykonania pozycji kosztorysowych o nr 3, 7, 8, 14, 20, 99, 108 i 144 stały się bezprzedmiotowe, albowiem rozstrzygnięcie protestu w tym zakresie (Zamawiający opisane wyżej zarzuty oddalił) uprawomocniło się, wobec nie skorzystania przez Strabag Sp. z o.o. z dalszych środków ochrony prawnej (Protestujący nie wniósł odwołania od rozstrzygnięcia protestu i nie przystąpił do postępowania odwoławczego).

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.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w razie potwierdzenia jego stanowiska odnośnie uwzględnienia w złożonym przez niego kosztorysie ofertowym modyfikacji SIWZ, w konsekwencji czego brak będzie podstaw do odrzucenia jego oferty jako niezgodnej ze SIWZ, jego oferta winna zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Dla oceny interesu prawnego Odwołującego nie ma znaczenia fakt unieważnienia postępowania w dn. 15.04.2008r. (na dzień wydania wyroku

unieważnienie postępowania nie uprawomocniło się), ponieważ gdyby Zamawiający nie podjął decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, nie byłoby podstawy do unieważnienia postępowania w związku z art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, albowiem cena oferty Odwołującego mieści się w ilości środków, jakie Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia.

Zamawiający, udzielając w dn. 26.02.2008r. odpowiedzi na pytanie nr 12, sprostował nieścisłość w przedmiarze, polegającą na podaniu różnych wymiarów przekroju prętów (16-32mm w poz. 92, w której opisano rodzaj zbrojenia – w tym prętów – jakie ma być zastosowane, i 16-20mm w poz. 93 montaż zbrojenia). Zamawiający wskazał, że właściwy jest rozmiar prętów \varnothing 16-32mm. W konsekwencji powyższej odpowiedzi, zadano Zamawiającemu kolejne pytanie – na które w piśmie z dn. 05.03.2008r. udzielono odpowiedzi nr 51. Wykonawca zapytał mianowicie, czy w związku ze zmianą wynikającą z odpowiedzi na pyt. 12 z dn. 26.02.2008r., wycenić poz. 93 wg dotychczasowej podstawy wyceny (tj. KNR 2-33 0405-08) czy wykonać wycenę wg tablicy KNR 2-33 0405 dla kolumny 08 i 10 oraz czy kolumny połączyć, czy dodać pozycję przedmiarową. Zamawiający w odpowiedzi podał, jaką podstawę należy przyjąć do wyceny, jednak nie odpowiedział na drugą część pytania (odnośnie sposobu zapisu poz. 93 w kosztorysie ofertowym).

W ofercie Odwołującego w poz. 93 (strona 56 oferty, kserokopia w aktach sprawy) nie dokonano rozbicia na dwie podstawy wyceny, wskazano prawidłową wielkość przekroju prętów (\varnothing 16-32mm) i prawidłową ich globalną ilość. Zamawiający oświadczył, iż takie dane zawarte w pozycji nr 93 w ofercie Odwołującego pozwalają na wykonanie danych prac zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego zawartymi w dokumentacji technicznej będącej częścią SIWZ. Zamawiający twierdzi, że dla oceny i porównania ofert istotna była wyłącznie wycena globalnej ilości stali.

Na podstawie powyższego materiału dowodowego ustalono, iż w ofercie Odwołującego, w poz. 93 opisano roboty i rozmiar zastosowanych prętów oraz ich globalną ilość zgodnie z wymaganiami SIWZ. Podany symbol klasyfikacyjny (podstawa wyceny) uwzględnia prawidłową numerację rozdziału i tablicy właściwego KNR. Wobec braku sprecyzowania przez Zamawiającego w odpowiedzi na pyt. 51 sposobu zapisu w kosztorysie ofertowym podstaw wyceny, nie można stwierdzić, że dane zawarte w poz. nr 93 kosztorysu ofertowego Odwołującego są sprzeczne z treścią SIWZ (modyfikacjami z dn. 05.03.2008r.). Zamawiający bowiem podał tylko w odpowiedzi na pyt. 51 poszczególne ilości stali, jakie należy przyjąć do wyceny, lecz nie sprecyzował, w jaki sposób opisać tą czynność w kosztorysie ofertowym (połączyć kolumny czy dodać pozycję przedmiarową), z czego można wnosić, że rozbicie podstawy wyceny na dwie kolumny w odpowiedzi na pytanie nr 51 miało charakter jedynie pomocniczy (Zamawiający w odpowiedzi odniósł się jedynie do

ilości stali). Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, w tak ustalonym stanie faktycznym, nie było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Zauważyć należy, że gdyby Zamawiający uznał za niezbędne do rozstrzygnięcia postępowania ustalenie, jaką ilość stali składającą się na jej globalną wartość wyceniono wg podstawy wyceny przy zastosowaniu numeru rozdziału i tablicy właściwego KNR oraz jednej z dwóch kolumn uszczegóławiających podstawę wyceny, podanych dla poszczególnych ilości w odpowiedzi na pytanie nr 51, mógłby wyjaśnić tę kwestię w trybie art. 87 ust. 1 zd. pierwsze Prawa zamówień publicznych.

W proteście Protestujący wnosił o ponowną ocenę ofert i odrzucenie oferty Odwołującego i Zamawiający żądanie protestu uwzględnił. Odwołujący w odwołaniu wnosił o nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i odrzucenia jego oferty. Ponieważ czynność odrzucenia oferty jest częścią badania i oceny ofert, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, oprócz nakazania w sentencji unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazał powtórzenie całej czynności badania i oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła wniosku Odwołującego o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, ponieważ żądanie to nie było zawarte ani w proteście ani w przystąpieniu do protestu (unieważnienie postępowania miało miejsce dopiero w dn. 15.04.2008r.), a zatem nie może być objęte niniejszym rozstrzygnięciem w związku z brzmieniem 191 ust. 3 zd. pierwsze Prawa zamówień publicznych. Wskazać również trzeba, że czynność unieważnienia postępowania objęta jest odrębnym postępowaniem wszczętym w wyniku złożenia przez Odwołującego protestu w dn. 17.04.2008r. Niezależnie od powyższego, zauważyć należy, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego poprzedzała decyzję Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, a wobec stwierdzenia braku podstaw do uznania, że oferta Odwołującego nie jest zgodna z treścią SIWZ, orzeczono jak w sentencji, i w razie zastosowania się do niniejszego orzeczenia przez Zamawiającego, logiczną konsekwencją takiego działania będzie decyzja o unieważnieniu decyzji z dn. 15.04.2008r. o unieważnieniu postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego 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 (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....