

Sygn. akt: KIO/UZP 450/09

WYROK
z dnia 20 kwietnia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania, wniesionego przez **STRABAG Sp. z o.o., 03-472 Warszawa, ul. B. Brechta 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Drogowy dla Powiatu Puckiego i Wejherowskiego z siedzibą w Pucku, 84-100 Puck, ul. Elizy Orzeszkowej 5** protestu z dnia 26 marca 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A., 81-038 Gdynia, ul. Hutnicza 35**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego,**

2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Drogowy dla Powiatu Puckiego i Wejherowskiego z siedzibą w Pucku, 84-100 Puck, ul. Elizy Orzeszkowej 5**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **STRABAG Sp. z o.o., 03-472 Warszawa, ul. B. Brechta 7,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zarząd Drogowy dla Powiatu Puckiego i Wejherowskiego z siedzibą w Pucku, 84-100 Puck, ul. Elizy Orzeszkowej 5** na rzecz **STRABAG Sp. z o.o., 03-472 Warszawa, ul. B. Brechta 7,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **STRABAG Sp. z o.o., 03-472 Warszawa, ul. B. Brechta 7.**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP-712009 "Przebudowa drogi powiatowej nr 1509G Władysławowo - Łebcz - Starzyno od km 2+188 do km 4+077 długości 1,899km" wykonawca – Firma Budowlano – Drogowa MTM S.A., zwany dalej protestującym złożyła protest na:

1. zaniechanie odrzucenia ofert, których treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny tj. oferty Strabag Sp. z o. o. oraz Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o. o.,
2. wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu tj. oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o. o.,

zarzucając zamawiającemu – Zarządowi Drogowemu Dla Powiatu Puckiego i Wejherowskiego naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6, art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp

oraz żądając:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o. o. oraz oferty Strabag Sp. z o. o.,
3. powtórzenia oprotestowanej czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wykazując swój interes prawny w złożeniu protestu, protestujący wskazał, że na skutek zaniechania przez zamawiającego odrzucenia 2 ofert, oferta protestującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu protestu protestujący podniósł, że w kosztorysie ofertowym wykonawcy Strabag Sp. z o.o. w jednej pozycji kosztorysu ofertowego wskazano błędną cenę jednostkową za wykonanie nawierzchni z betonu asfaltowego frakcji 0/20 warstwa wiążąca gr. 8 cm, która to cena nie znajduje żadnego uzasadnienia w załączonym do oferty „Wykazie materiałów przewidywanych do użycia przy wykonaniu zamówienia” oraz „Wykazie stawek i narzutów”. Ustalając bowiem cenę jednostkową za element rozliczeniowy określony pod poz. 4.1. w oparciu o w/w wykazy, już nawet cena jednostkowa samego materiału musiałaby przewyższać cenę 21,09 i wyniosłaby 33,80.

W ocenie protestującego z powyższego wynika, że cena jednostkowa zaproponowana przez Strabag Sp. z o.o. nie dotyczy wykonania nawierzchni z betonu asfaltowego frakcji 0/20 w wymaganym przez zamawiającego zakresie, tj. grubości 8 cm, ale obejmuje mniejszy zakres niż tego wymagał zamawiający, albo też stanowi błąd w obliczeniu ceny, a obie powyższe sytuacje obligują zamawiającego do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Na potwierdzenie swojego stanowiska protestujący przywołał wyrok KIO/UZP 535/08.

Podniósł także, że w przypadku omyłki w ofercie Strabag Sp. z o.o. brak jest możliwości jej poprawienia, gdyż prowadziłoby to do naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp protestujący powołał się na wyrok KIO/UZP 551/08, zgodnie z którym: „spełnienie którejkolwiek z przesłanek

skutkujących odrzuceniem ofert, określonych enumeratywnie w art. 89 ust. 1 ustawy rodzi po stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty. Zaniechanie wypełnienia tego obowiązku prowadzi do naruszenia podstawowych zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców."

Do postępowania wywołanego wniesieniem protestu przez Firmę Budowlano – Drogową MTM S.A. przystąpił wykonawca Strabag Sp. z o.o.

Zamawiający protest uwzględnił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zamawiający wskazał, że w kosztorysie ofertowym wykonawcy Strabag Sp. z o.o. w pozycji 4.1."wykonanie nawierzchni z betonu asfaltowego frakcji 0/20 w-wa wiążąca gr. 8 cm" Strabag Sp. z o.o. podał cenę jednostkową 1 m² - 21,09 zł, natomiast w „Wykazie materiałów przewidywanych do użycia przy wykonywaniu zamówienia” (zał. nr 4) w pozycji 5 "beton asfaltowy 0/20 mm" cena za 1 tonę betonu wynosi 169 zł. Podał, że w uwadze, która znajduje się pod tabelą załącznika nr 4 znajduje się treść: "określić nazwy i ceny wszystkich materiałów przyjętych przy kalkulacji cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym". W ocenie zamawiającego zatem, ustalając cenę jednostkową elementu rozliczeniowego określonego w poz. 4.1. w oparciu o w/w wykaz materiałów, należałoby przyjąć cenę jednostkową co najmniej w wysokości 33,80 zł za 1 m², a nie jak podano - 21,09 zł.

Zdaniem zamawiającego oznacza to, że nie zachowano cen materiałów z wykazu materiałów przy kalkulacji cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym oraz, że omyłki w ofercie firmy STRABAG sp. z o.o. nie można ich traktować jako omyłek wymienionych w art. 87 ust.2 pkt.1,2,3 ustawy Pzp.

Odwołanie złożył wykonawca Strabag Sp. z o.o., zwany dalej odwołującym, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, poprzez zastosowanie przez zamawiającego i uznanie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu, jako niezgodna z SIWZ i zawiera błędy w obliczeniu ceny

oraz wnosząc o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. dokonanie ponownej oceny i badania ofert, a w konsekwencji uznanie oferty

odwołującego jako niepodlegającej odrzuceniu i najkorzystniejszej.

Wykazując swój interes prawny w złożeniu odwołania, wykonawca Strabag Sp. z o.o. wskazał, że w przypadku jego uwzględnienia i dokonania przez zamawiającego badania ofert zgodnie z Prawem zamówień publicznych odwołujący, jako że złożył najkorzystniejszą ofertę spośród pozostałych nieodrzuconych ofert, ma szansę pozyskać do realizacji przedmiotowe zamówienie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający opierał się jedynie na wybiórczym porównaniu w kosztorysie ofertowym jednej pozycji kosztorysu, podczas gdy oferta składa się kilkudziesięciu pozycji kosztorysowych, które łącznie tworzą pewną całość. Wyrwanie z całokształtu kosztorysu jednej liczby nie może stanowić podstawy do uznania, że oferta odwołującego jest niezgodna z SIWZ.

Zaznaczył, że cena oferty została przez odwołującego sporządzona w sposób rzetelny, ponieważ przygotowując ofertę została dokonana szczegółowa analiza wszelkich aspektów technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych. Cena oferty wynika z indywidualnego podejścia odwołującego do przedmiotu zamówienia, łączenia pewnych procesów technologicznych, wykorzystania posiadanych zasobów (materiałowych, sprzętowych i ludzkich). Zwrócił także uwagę, że bardzo ważnym elementem jest też przypisanie odpowiedniego ryzyka związanego z realizacją przedmiotu zamówienia, bądź poszczególnych jego części. Zatem cena oferty, jako suma poszczególnych pozycji, wynika z rozpoznania przedmiotu zamówienia i doświadczenia odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że cena jego oferty jako prawidłowo przygotowana, nadaje się do porównania z innymi ofertami zgodnie z SIWZ i Prawem Zamówień Publicznych oraz w pełni spełnia wymagania SIWZ i nie zawiera błędu w obliczeniu ceny.

Podniósł, że:

1. formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, ale jego sens odzwierciedla się w realizacji zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (tak Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z dnia 23.02.2007r. sygn. akt: X Ga 23/07),
2. nie można dokonywać oceny ofert w oderwaniu od celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok KIO z dnia 24 października 2008r. sygn. akt: KIO/UZP 1093/08).

Odwołujący powołał się także na wyrok Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 19 grudnia 2008r. sygn. akt: VII Ga 147/08 oraz na wyrok KIO z dnia 8 maja 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 386/08, KIO/UZP 390/08.

W ocenie odwołującego, porównując oferty w oparciu o przedstawione przez wykonawców ceny nie sposób uznać, że oferta Strabag Sp. z o.o. jest obliczona w sposób niezgodny z SIWZ lub zawiera błędy w obliczeniach, ponieważ różnica między ofertą firmy Strabag, a ofertą obecnie wybranego wykonawcy - Firmy Budowlano-Drogowej MTM S.A. wynosi zaledwie ok. 1,2 % (ok. 10 tys. zł brutto).

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, stanowisk stron oraz przystępującego, przedstawionych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, przystąpieniach, a także zaprezentowanych przez odwołującego i zamawiającego na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odnośnie interesu prawnego odwołującego, skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutu niezasadnego odrzucenia jego oferty, w sytuacji, gdy zamawiający, uwzględniając protest, zapowiedział jednocześnie odrzucenie oferty pierwotnie uznanej za najkorzystniejszą, oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, ponieważ to jego oferta byłaby ofertą z najniższą ceną, stanowiącą jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił, że:

1. W kosztorysie ofertowym w pozycji 4.1. „Wykonanie nawierzchni z betonu asfaltowego frakcji 0/20 warstwa wiążąca grubości 8 cm” odwołujący wpisał cenę za m² w wysokości 21,09 (strona 18 oferty),
2. W „Wykazie stawek i narzutów” (załącznik nr 3) w pozycji 3 „Materiały” odwołujący wpisał: wg wykazu załącznika nr 4 oraz aktualnych cen podawanych w wydawnictwie „Sekocenbud” (strona 20 oferty),
3. W „Wykazie materiałów przewidywanych do użycia przy wykonywaniu zamówienia” (załącznik nr 4) w pozycji 5 „Beton asfaltowy 0/20 mm asf. D 50/70” odwołujący wpisał cenę za tonę w wysokości 169 zł (strona 21 oferty),
4. Załącznik nr 4 wykonawcy sporządzali na podstawie wzoru opracowanego przez zamawiającego, a stanowiącego załącznik do SIWZ. Zgodnie z uwagą zawartą pod

tabelą załącznika nr 4 należało „określić nazwy i ceny wszystkich materiałów przyjętych przy kalkulacji cen jednostkowych w Kosztorysie Ofertowym”.

5. Zgodnie z § 5 ust. 2 projektu umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ: „Wynagrodzenie za roboty (...) stanowić będzie wynik iloczynu ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w Kosztorysie Ofertowym, lub cen jednostkowych wyliczonych zgodnie z postanowieniami § 8”.

Mogłoby się wydawać, że poprzez użycie w sentencji rozstrzygnięcia protestu z dnia 31.03.2009r. sformułowania „uwzględnia protest” zamawiający – Zarząd Drogowy Dla Powiatu Puckiego i Wejherskiego - postanowił uwzględnić protest Firmy Budowlano – Drogowej MTM S.A. w całości. Jednak przy ocenie rozstrzygnięcia protestu należy brać pod uwagę całość treści tego rozstrzygnięcia, tj. zarówno jego sentencję, jak i uzasadnienie. Z treści uzasadnienia tego rozstrzygnięcia jednoznacznie zaś wynika, że zamawiający dopatrywał się w ofercie wykonawcy Strabag Sp. z o.o. omyłki, która nie kwalifikuje się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 lub 3 ustawy Pzp, o czym świadczy zdanie: „Reasumując należy stwierdzić, że omyłki w ofercie firmy STRABAG sp. z o.o. nie można traktować jako omyłek wymienionych w art. 87 ust. 2 pkt 1,2,3 PZP”. Jednocześnie jednak z treści uzasadnienia tego rozstrzygnięcia wynika, że zamawiający nie dopatrywał się żadnych innych niezgodności lub błędów, o których mowa w proteście, tj. błędu w obliczeniu ceny w ofercie tego wykonawcy (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp), ponieważ zamawiający kwestii tej w ogóle nie poruszył. Uznać zatem należy, stosując przepis art. 183 ust. 3 ustawy Pzp, że w istocie zamawiający protest uwzględnił w części dotyczącej niezgodności treści oferty wykonawcy Strabag Sp. z o.o. z treścią SIWZ w wyniku wystąpienia omyłki, oddalił zaś w pozostałym zakresie.

W odwołaniu wykonawca Strabag Sp. z o.o. powołał się, jak można przypuszczać z uwagi na treść protestu, na naruszenie przez zamawiającego zarówno art. 89 ust. 1 pkt 2, jak i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jednak skład orzekający Izby uznał, że zakresem odwołania objęty jest zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i odpowiadające mu żądanie dokonania ponownej oceny ofert i w konsekwencji uznania jego oferty jako niepodlegającej odrzuceniu.

Odnosząc się do zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty wykonawcy Strabag Sp. z o.o., skład orzekający Izby stwierdził, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby nie dopatrył się bowiem w ofercie tego wykonawcy, w zakresie kwestionowanym przez zamawiającego, żadnej z omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, tj. oczywistej omyłki pisarskiej, oczywistej omyłki rachunkowej, czy innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z SIWZ.

W ocenie składu orzekającego Izby kalkulowanie ceny ofertowej jest wyłącznym uprawnieniem wykonawcy, dzięki któremu możliwa jest rzeczywista konkurencja między podmiotami ubiegającymi się o to samo zamówienie publiczne. Bezpodstawne jest wnioskowanie o nie ujęciu pełnego zakresu robót na podstawie ceny jednostkowej pozycji robót kosztorysowych w sytuacji, gdy pozycja ta odpowiada wymaganej przez zamawiającemu ilości i jest zgodna z opisem zamawiającego.

Fakt, że wykonawca Strabag Sp. z .o.o w „Wykazie stawek i narzutów” odesłał do „Wykazu materiałów przewidywanych do użycia przy wykonywaniu zamówienia” (dalej „Wykaz”) i że wskazana tam w pozycji 5 cena jednostkowa tony betonu asfaltowego 0/20 mm asf. D 50/70 wynosi 169 zł, co nie odpowiada (po odpowiednim przeliczeniu) cenie wskazanej w pozycji 4.1. kosztorysu ofertowego „Wykonanie nawierzchni z betonu asfaltowego frakcji 0/20 warstwa wiążąca grubości 8 cm” nie stanowi żadnej sprzeczności, ponieważ w ocenie składu orzekającego Izby ceny jednostkowe samych materiałów mogą odbiegać od cen tych materiałów skalkulowanych przez wykonawcę z uwzględnieniem innych elementów kalkulacyjnych, powiązanych z tym materiałem.

W ocenie składu orzekającego Izby, wykonawca Strabag Sp. z o.o., wskazując inną cenę jednostkową w pozycji 4.1. kosztorysu ofertowego i inną w „Wykazie” w żaden sposób nie uchybił zastrzeżeniu zamawiającego zawartemu w uwadze pod tabelą w załączniku nr 4 do SIWZ, ponieważ ceny wskazane w „Wykazie” mogły zostać „przyjęte” przez wykonawcę jako ceny wyjściowe, lecz nie musiały – bowiem nic takiego z treści tej uwagi nie wynika - odpowiadać cenom końcowym. Jednostkowa cena końcowa, ujęta w kosztorysie ofertowym mogła być wynikiem kalkulacji uwzględniającej inne elementy, związane bezpośrednio z tą pozycją, jak i wynikiem kalkulacji innych pozycji kosztorysowych. Za uprawnione i powszechne uznać należy takie kalkulowanie cen, które ujmuje aspekty techniczne, organizacyjne, ekonomiczne, łączenia procesów technologicznych, czy też uwzględniające posiadane już zasoby materiałowe, sprzętowe i ludzkie, na które to aspekty wykonawca Strabag Sp. z o.o. zwracał uwagę w treści odwołania.

Skład orzekający Izby nie stwierdził także żadnych przeszkód, które mogłyby być następstwem wskazanej w pozycji 4.1. kosztorysu ofertowego ceny jednostkowej betonu, związanych z rozliczeniem zleconej roboty, skoro zgodnie z § 5 ust. 2 projektu umowy, wynagrodzenie to stanowić będzie wynik iloczynu ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym. Takimi danymi, pochodzącymi z oferty wykonawcy Strabag Sp. z o.o. zamawiający dysponuje.

Odnosząc się do argumentu zamawiającego, zaprezentowanego na rozprawie, że ceny wskazane w kosztorysie ofertowym będą stanowiły podstawę wyliczenia wynagrodzenia wykonawcy w przypadku robót uzupełniających, skład orzekający Izby stwierdza, że realizacja robót uzupełniających nastąpić może ewentualnie w wyniku odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i na podstawie nowej ceny zaproponowanej przez wykonawcę w ramach tego nowego postępowania.

Wobec powyższych ustaleń skład orzekający Izby uznał, że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a tym samym art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego, toteż na podstawie art. 191 ust. 1a orzeczono jak w sentencji.

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

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 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. Nr 128, poz. 886), uznał za uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....