

WYROK

z dnia 20 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ABM POL-DRÓG Legnica Sp. z o.o. ul. Słubicka 4, 59-220 Legnica oraz POL-DRÓG Oleśnica S.A. Ciśle 44, 56-400 Oleśnica

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Powiat Wieluński Pl. Kazimierza Wielkiego 2, 98-300 Wieluń

protestu z dnia 12 marca 2010 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego LARIX Sp. z o.o. ul. Klonowa 1, 42-700 Lubliniec** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla części III i V zamówienia,**

2. kosztami postępowania obciąża Powiat Wieluński Pl. Kazimierza Wielkiego 2, 98-300 Wieluń i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ABM POL-DRÓG Legnica Sp. z o.o. ul. Słubicka 4, 59-220 Legnica oraz POL-DRÓG Oleśnica S.A. Ciśle 44, 56-400 Oleśnica,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Powiat Wieluński Pl. Kazimierza Wielkiego 2, 98-300 Wieluń** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ABM POL-DRÓG Legnica Sp. z o.o. ul. Słubicka 4, 59-220 Legnica oraz POL-DRÓG Oleśnica S.A. Ciśle 44, 56-400 Oleśnica** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ABM POL-DRÓG Legnica Sp. z o.o. ul. Słubicka 4, 59-220 Legnica oraz POL-DRÓG Oleśnica S.A. Ciśle 44, 56-400 Oleśnica.**

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę dróg powiatowych i gminnych” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 29 grudnia 2009 r. pod numerem 2009/S 250-360082. Wartość zamówienia wynosi 33.133.326,05 zł, tj. 10.426.003,40 euro, jest więc większa niż kwoty

określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych (5 zadań).

5 marca 2010 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyniku postępowania, w tym o wyborze ofert najkorzystniejszych dla poszczególnych zadań oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Na tę czynność 12 marca 2010 r. Odwołujący wniósł protest, który Zamawiający oddalił 24 marca 2010 r. podtrzymując swoje stanowisko, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na to, że:

1. plan ramowy realizacji przedmiotu zamówienia nie obejmuje w szczegółowym harmonogramie zadań prowadzących do realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia wymaganych elementów: punktów raportów okresowych, kamieni milowych realizacji przedmiotu zamówienia, grupy zadań do wykonania,
2. miesięczny harmonogram realizacji przedmiotu zamówienia w formie diagramu Gantta został opracowany w sposób nie uwzględniający istotnych informacji przekazanych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 3.1.1), więc przyjęte przez wykonawcę okresy realizacji poszczególnych odcinków dróg powiatowych (wydzielonych produktów) są sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego,
3. Diagram Następstw Produktów (DNP) nie uwzględnia wszystkich następstw w diagramach poszczególnych dróg powiatowych – Zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia produkty realizowane przez innych wykonawców w ramach całego projektu (odrębnych zamówień w projekcie), mające wpływ na realizację przedmiotowego zamówienia oraz przedstawił ustalenia organizacyjne warunkujące wykonanie produktów, a informacje te powinny być uwzględnione przez wykonawcę dróg przy sporządzaniu DNP.

Zamawiający stwierdził też, że nie może uznać argumentacji, iż harmonogramy załączone do oferty mogły nie uwzględniać wskazań płynących ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które były wyraźne i przez innych wykonawców jednoznacznie zrozumiane i odzwierciedlone w ich harmonogramach – przyjęcie w takich

okolicznościach stanowiska Odwołującego byłyby równoznaczne z nierównym traktowaniem wykonawców.

Od tego rozstrzygnięcia 29 marca 2010 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie bezpodstawnego odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego,

3. art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami prawa, który może prowadzić w konsekwencji do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami prawa

i wnosząc o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach I, III i V zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w częściach I, III i V zamówienia; unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w częściach I, III i V zamówienia; uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego w częściach I, III i V zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w punkcie 9.2. „Wykaz oświadczeń i dokumentów dla Wykonawcy ubiegającego się o realizację zamówienia w części I, II, III, IV, V” jako wykaz oświadczeń i dokumentów stanowiących treść oferty, sporządzonych przez wykonawcę w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane i usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego zobowiązany był złożyć wraz z ofertą plan ramowy realizacji przedmiotu zamówienia obejmujący szczegółowy harmonogram zadań prowadzących do realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia, wskazujący punkty raportów okresowych, kamienie milowe realizacji przedmiotu zamówienia, grupy zadań do wykonania; ramowy plan powinien zawierać co najmniej:

- a) listę kontrolną produktów oraz Diagram Struktury Produktów (DSP) uzupełniony i zaktualizowany o elementy wynikające z przyjętej organizacji i techniki realizacji przedmiotu zamówienia,
- b) miesięczny harmonogram realizacji przedmiotu zamówienia w formie diagramu Gantta,
- c) miesięczny harmonogram przeglądów jakości zgodny z przyjętym harmonogramem realizacji przedmiotu zamówienia, zawierający dane w zakresie niezbędnym do wypełnienia Rejestru jakości, zgodnie z wymogami zatwierzonego Planu jakości,
- d) Diagram Następstw Produktów (DNP), z dokładnością klasyfikacyjną przyjętą w DSP,
- e) formularze wzorcowe dokumentów obsługujących przekazywanie i obieranie grup zadań do wykonania wraz z opisem ich sporządzania.

Zdaniem Odwołującego treść jego oferty w pełni odpowiada tym postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawiera wymagane elementy, a podstawy odrzucenia podane przez Zamawiającego są bezpodstawne. W odwołaniu Odwołujący zawarł argumentację, w której polemizuje z twierdzeniami Zamawiającego.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu, jego rozstrzygnięcia, odwołania, przystąpień, a także na podstawie oświadczeń Stron i Przystępującego złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie w odniesieniu do części III i V, natomiast nie zasługuje na uwzględnienie dla części I.

Na wstępie Izba stwierdziła, że Zamawiający rzeczywiście w załączniku nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia pn. „Ogólny opis projektu i szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”, w punkcie 9.2. „Wykaz oświadczeń i dokumentów dla Wykonawcy ubiegającego się o realizację zamówienia w części I, II, III, IV, V” zawarł następujący wymóg: *Wykaz oświadczeń i dokumentów stanowiących treść oferty, sporządzonych przez*

wykonawcę w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane i usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego:

1) Plan ramowy realizacji przedmiotu zamówienia obejmujący szczegółowy harmonogram zadań prowadzących do realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia, wskazujący punkty raportów okresowych, kamienie milowe realizacji przedmiotu zamówienia, grupy zadań do wykonania; ramowy plan powinien zawierać co najmniej:

a) Lista kontrolna produktów oraz Diagram Struktury Produktów (DSP) uzupełniony i zaktualizowany o elementy wynikające z przyjętej organizacji i techniki realizacji przedmiotu zamówienia,

b) Miesięczny harmonogram realizacji przedmiotu zamówienia w formie diagramu Gantta,

c) Miesięczny harmonogram przeglądów jakości zgodny z przyjętym harmonogramem realizacji przedmiotu zamówienia, zawierający dane w zakresie niezbędnym do wypełnienia Rejestru jakości, zgodnie z wymogami zatwierdzonego Planu jakości,

d) Diagram Następstw Produktów (DNP), z dokładnością klasyfikacyjną przyjętą w DSP,

e) Formularze wzorcowe dokumentów obsługujących przekazywanie i obieranie grup zadań do wykonania wraz z opisem ich sporządzania.

2) Opis proponowanego sposobu realizacji zarządzania dokumentacją.

Dokumenty te należało opracować zgodnie z metodyką PRINCE2. Zamawiający stwierdził też, że w przypadku złożenia w ofercie harmonogramów nie uwzględniających wszystkich produktów sklasyfikowanych w DSP oraz merytorycznie niespójnych pomiędzy sobą, jak również sprzecznych z DNP, oferta zostanie uznana za niekompletną i odrzucona.

Z powyższego postanowienia wynika więc jednoznacznie, iż przedmiotowy plan ramowy realizacji przedmiotu zamówienia miał być sporządzony w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane i usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Zamawiający potwierdził to także w odpowiedzi na pytanie 2. z 27 stycznia 2010 r. dotyczące tych

dokumentów: „podstawę ich żądania stanowi § 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.”

Cechą tych dokumentów jest zaś to, że zgodnie z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, mogą być one uzupełniane. Skoro zaś Zamawiający w taki sposób zakwalifikował te dokumenty na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może zmienić ich charakteru po złożeniu ofert i stwierdzić, że nie podlegają one uzupełnieniu albo też – tym bardziej – że część z dokumentów składających się na plan ramowy podlega uzupełnieniu, a część nie.

Należy bowiem zwrócić uwagę, że Zamawiający opisując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób sporządzania oferty i swoje wymagania w tym zakresie, może nadać wymaganym przez siebie dokumentom składającym się na ofertę odpowiedni status. Tym samym w specyfikacjach, oprócz takiego jak powyższe, widuje się postanowienia, iż niektóre dokumenty są podstawą do odrzucenia oferty, inne są tylko pogładowe lub wręcz fakultatywne, inne jeszcze (np. nie wymagane przez zamawiającego kosztorysy) nie będą brane pod uwagę.

Zamawiający w przywołanym powyżej postanowieniu rygor odrzucenia zastrzegł tylko do harmonogramów nie uwzględniających wszystkich produktów sklasyfikowanych w DSP oraz merytorycznie niespójnych pomiędzy sobą, jak również sprzecznych z DNP, a takiego zarzutu, przynajmniej w sposób czytelny, dokumentom sporządzonym przez Odwołującego, nie postawił.

Przywołany przez Zamawiającego wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie, który, jak twierdzi Zamawiający, był podstawą zmiany jego poglądów na kwestię uzupełnienia przedmiotowego dokumentu (czy też grupy dokumentów), dotyczy innego dokumentu niż wymagał Zamawiający – harmonogramu rzeczowo – finansowego, a w uzasadnieniu Sąd podkreślał znaczenie tego harmonogramu dla wyceny złożonej oferty i rozliczania poszczególnych etapów realizacji zamówienia. Tymczasem, zgodnie z § 1 ust. 5 załącznika nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

w niniejszym zamówieniu harmonogram rzeczowo – finansowy będzie uzgodniony przez strony umowy w późniejszym czasie, natomiast wymagany przez Zamawiającego plan ramowy realizacji przedmiotu zamówienia nie ma takiego charakteru, stanowi raczej opis zamierzeń w formie wykresów, diagramów i tabel zawierających powtarzające się treści. I, jakkolwiek nie jest to przedmiotem zarzutu i Izba nie ocenia na tym etapie potrzeby żądania tego planu w takiej postaci i samej metodyki, zwłaszcza skoro wykonawcy nie protestowali na tę zbędną uciążliwość, nie widzi w ewentualnych rozbieżnościach między przygotowanymi rysunkami a standardami PRINCE2, czy sposobem sporządzania wykresu Gantta, wpływu na wykonanie zamówienia. Wymagane dokumenty zawierają bowiem informacje typu „roboty ziemne” to „produkt merytoryczny”, a „protokół odbioru” – „produkt zarządczy”, że przebudowa drogi obejmuje roboty ziemne, podbudowę, nawierzchnię, roboty wykończeniowe, elementy ulicy, zieleni itd. lub też na odwrót – że roboty przygotowawcze i ziemne nastąpią przed robotami wykończeniowymi, a efektem końcowym wszystkich prac będzie przebudowana droga – w postaci kilkudziesięciu diagramów i kilku tabel. Pomimo tego, że zestawienia te miały być „kompatybilne”, nawet jeśli w którejś z tabel lub rysunków zabrakło któregoś z elementów wymaganych standardami metodyki lub który znajduje się w innym, należy to uznać, zgodnie z przyjętymi zasadami, za brak formalny. Za podobną wadę formalną należy uznać też brak wymaganych oznaczeń (np. symbol kamienia milowego, który na wykresie Gantta powinien być przedstawiony w postaci odwróconego kwadratu), tak samo to, że w danym wierszu w jednej kolumnie wpisano oznaczenie danej drogi, a w drugiej już nie (skoro znajduje się w wierszu tytułowym) i tym podobne mankamenty.

Natomiast potwierdził się fakt, iż w odniesieniu do dróg Ruda – Mierzyce – Kamion i Mierzyce – Przywóz – Toporów Odwołujący nie zaoferował ich wykonania zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w której (rozdział 3. pkt 3.1. ppkt 1 lit. a) Zamawiający wymagał, aby drogi te były wykonane w pierwszej kolejności. Natomiast Odwołujący w pierwszej kolejności w tym zadaniu przewidział drogi Wieluń – Skomlin – Toplin (od kwietnia 2010 r.), następnie Wieluń – Turów – Koryta, Wieluń – Turów –

Parcice – Klatka, a dopiero odpowiednio od kwietnia i lipca 2011 r. drogi Ruda – Mierzyce – Kamion i Mierzyce – Przywóz – Toporów. Tym samym dla części I oferta Odwołującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zarazem nie jest to błąd, który Zamawiający mógłby poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż, pomijając fakt, czy Zamawiający mógłby sam ustalić za wykonawcę daty wykonania tych dróg, zmiana terminu wykonania tych dróg aż o rok, i tym samym w ogóle zmiana kolejności wykonania pozostałych dróg, stanowiłaby istotną zmianę treści oferty dla tej części.

W związku z powyższym Izba orzekła 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, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 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 z późn. zm.).

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 Sieradzu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....