

Sygn. akt: KIO 841/12

WYROK
z dnia 11 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **MELBUD S.A., 86-300 Grudziądz, ul. Składowa 4** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Ciechanowie sp. z o.o., 06-400 Ciechanów, ul. Gostkowska 81,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **REMETKOR-BIS Maria Sergiel, Rafał Sergiel Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane S.j., SYNKRET S.A., 41-219 Sosnowiec, ul. Lenartowicza 188** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert**

- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia REMETKOR-BIS Maria Sergiel, Rafał Sergiel Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane S.j., SYNKRET S.A., 41-219 Sosnowiec, ul. Lenartowicza 188 i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MELBUD S.A., 86-300 Grudziądz, ul. Składowa 4 tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia REMETKOR-BIS Maria Sergiel, Rafał Sergiel Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane S.j., SYNKRET S.A., 41-219 Sosnowiec, ul. Lenartowicza 188 na rzecz wykonawcy MELBUD S.A., 86-300 Grudziądz, ul. Składowa 4 kwotę 3 600**

zł 00gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego przed KIO.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Płocku.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Ciechanowie Sp. z o.o. prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w ul. Płońskiej w Ciechanowie”. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 4 w związku z art. 90 ust. 3, a także art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wniósł o wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; dokonania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Remetkor – Bis Maria Sergiel, Rafał Sergiel Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane S.j., SYNKRET S.A., dokonania wyboru oferty Odwołującego.

W dniu 11 kwietnia 2012 r., Zamawiający wezwał wykonawcę REMETKOR-BIS Maria Sergiel, Rafał Sergiel Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane S.j., SYNKRET S.A. (zwanego dalej Remetkor – Bis), na podstawie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie zaoferowanej ceny. Zamawiający wskazał, iż wyjaśnień wymaga element oferty dotyczący ceny za zajęcie pasa drogowego. Wykonawca REMETKOR-BIS Maria Sergiel, Rafał Sergiel Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane s.j., SYNKRET S.A., w dniu 12 kwietnia 2012 r. złożył wyjaśnienia dotyczące zarówno żądanego przez Zamawiającego elementu oferty, jak i wyjaśnienia ogólne, dotyczące całości przedmiotu zamówienia. W punkcie 3 Wykonawca Remetkor – Bis wyjaśnił, że w trakcie prowadzenia robót przewiertowych zastosuje komory startowe oraz odbiorcze z kręgów o średnicy 2,0 m w miejsce projektowanych komór o wymiarach 6,15x3,1 m (komora nadawcza) oraz 3,1x3,1 m (komora odbiorcza). W punkcie 4 Wykonawca ten wyjaśnił, że wykonanie komór w technologii odbiegającej od podanej w projekcie zrealizuje w oparciu o odpowiedź na pytanie nr 4 zawartej w piśmie Zamawiającego nr JRP/JRPZP/2.4/24J/2011 z dnia 9 grudnia 2011 r., w której Zamawiający zezwala na zastosowanie innego sposobu umocnienia wykopu niż podany w projekcie technicznym.

W ocenie Odwołującego zawarte w punkcie 3 wyjaśnienia wskazują między innymi na zmianę sposobu wykonania zamówienia wywołującą także zmianę zaoferowanego przedmiotu zamówienia w stosunku do przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). W SIWZ w projekcie technicznym (opis techniczny pkt 5.1) i przedmiarze robót (poz. 2, 3 i 4 ostatnio zaktualizowanego przedmiaru robót oznaczonego NR 01S.1) Zamawiający wskazał, że wymiary komór startowych (nadawczych) wynoszą: 6,15x3,1x6,0 m oraz 6,15x4,1x7,5 m (tłocznia), a wymiary komór docelowych (odbiorczych) wynoszą 3,1x3,1x6,0 m. Wszystkie zatem komory mają kształt prostopadłościanu, o przekroju poprzecznym prostokątnym: 6,15x3,1 m i 6,15x4,1 m, oraz o przekroju kwadratowym: 3,1x3,1

m. Odwołujący podnosił, iż z treści wyjaśnień wynikało, że Wykonawca Remetkor - Bis zaoferował wszystkie komory o kształcie i wymiarach odmiennych od zaprojektowanych, tj. w kształcie walca o średnicy przekroju poprzecznego 2 m.

Odwołujący argumentował, iż Zamawiający w piśmie z dnia 9 grudnia 2012 r. w odpowiedzi na pytanie nr 4 nie dopuścił zmiany wymiarów komór, dopuścił jedynie zastosowanie innego niż w projekcie technicznym sposobu umocnienia wykopu. Interpretacja treści odpowiedzi dokonana przez Wykonawcę Remetkor – Bis jest nieuprawniona. Wynika to, zdaniem Odwołującego także z faktu, iż Zamawiający w piśmie późniejszym z dnia 12 grudnia 2012 r. na pytanie zadane wprost, brzmiące: „Czy Zamawiający dopuszcza zmianę wymiarów i rodzaju komór startowych i odbiorczych w zależności od rodzaju zastosowanego urządzenia przewiertowego?“, odpowiedział także wprost: „Należy zachować wymiary komór podane w projekcie”. Zatem, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie dopuścił zmiany wymiarów komór. Odwołujący podniósł, iż zgodnie z SIWZ, komory o określonym przez Zamawiającego kształcie należy wykonać w ramach przedmiotu zamówienia, stanowią one element robót do wykonania. W ocenie Odwołującego Wykonawca Remetkor – Bis zaoferował roboty niezgodne z przedmiotem zamówienia, niezgodne z projektem technicznym, czyli niezgodne z SIWZ, zatem jego oferta winna być przez Zamawiającego odrzucona. Odwołujący podkreślił, że niezgodność treści z treścią SIWZ nie wynika z omyłki, lecz ze świadomego działania.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż w wyjaśnieniach znalazło się stwierdzenie, że dzięki zmianie wymiarów komór zmniejszyły się nakłady na robotach ziemnych, w przypadku komór nadawczych (startowych) o 83,5%, zaś w przypadku komór odbiorczych (docelowych) ograniczono nakłady o 67,3%, co w ocenie Odwołującego jest wynikiem niezastosowania się przez Wykonawcę Remetkor – Bis do wymogów SIWZ. Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca związany jest swoimi wyjaśnieniami na równi z ofertą, dlatego treści zawarte w wyjaśnieniach z dnia 12 kwietnia 2012 r. muszą stanowić także podstawę oceny oferty Remetkor – Bis. Zamawiający przy ocenie oferty nie wziął pod uwagę tych wyjaśnień. Zamawiający nie odrzucił oferty Wykonawcy Remetkor – Bis, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

Odwołujący argumentował, że Zamawiający wezwaniem do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy, wprowadził domniemanie występowania w ofercie Wykonawcy Remetkor – Bis rażąco niskiej ceny. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia potwierdziły, że cena oferty jest rażąco niska. Wyjaśnienia o ujęciu w ofercie skrajnie niskich kosztów za zajęcie pasa drogowego potwierdzają oszczędność metody wykonania zamówienia, ale metoda ta powstała dzięki niezastosowaniu się Wykonawcy Remetkor – Bis do postanowień SIWZ. Takimi wyjaśnieniami Wykonawca Remetkor – Bis nie obalił wprowadzonego przez Zamawiającego domniemania występowania rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Bez znaczenia dla obalenia tego

domniemania są pozostałe wyjaśnienia, gdyż są to wyjaśnienia, których Zamawiający nie oczekiwał.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że Wykonawca Remetkor – Bis nie wniósł odwołania od czynności Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy. Wprowadzone wezwaniem do wyjaśnień domniemanie występowania rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy Remetkor – Bis uprawomocniło się. W takiej sytuacji, zdaniem Odwołującego Zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę Wykonawcy Remetkor – Bis. Uznając za właściwe wyjaśnienia Wykonawcy Remetkor – Bis naruszył art. 90 ust. 2 Ustawy, zaś nie odrzucając oferty Konsorcjum, w związku ze złożeniem przez Wykonawcę Remetkor – Bis wyjaśnień potwierdzających występowanie w ofercie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający, zdaniem Odwołującego, naruszył także zasadę przeprowadzania postępowania o zamówienie publiczne określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający ma obowiązek oceniać oferty wszystkich wykonawców w oparciu o te same kryteria, o te same wymagania ustalone w SIWZ. Ma obowiązek równego traktowania wykonawców. Zamawiający zamierzając zawrzeć umowę z wykonawcą, którego oferta została wybrana z naruszeniem przepisów Ustawy, naruszył także zasadę określoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości.

Do niniejszego postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Remetkor – Bis Maria Sergiel, Rafał Sergiel Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane S.j., SYNKRET S.A. Wykonawca zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania.

Ponadto Wykonawca ten złożył wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania. Zgodnie z art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie wnosi się w określonym w ustawie terminie, który biegnie od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. W niniejszym postępowaniu podstawą do wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty Przystępującego, po udzielonych przez Przystępującego wyjaśnieniach. Z udzielonych wyjaśnień wynikała wprost informacja o zastosowanych przez Przystępującego rozwiązaniach, które w ocenie Odwołującego prowadziły do postawienia zarzutu niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ. W ocenie Izby brak było wcześniej podstawy do wniesienia takiego odwołania, gdyż udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia w dniu 13 lutego 2012 r. nie wskazywały wprost na realizację przedmiotu zamówienia w sposób odmienny od przewidzianego w SIWZ. Udzielone w tym dniu wyjaśnienia wskazywały jedynie, jaką część pasa drogowego zajmie wykonawca, nie zaś jakiego rodzaju komory zastosuje. Podstawą

zatem wniesienia niniejszego odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty Przystępującego, po zapoznaniu się przez Zamawiającego z treścią odpowiedzi udzieloną przez Przystępującego w dniu 12 kwietnia 2012 roku, z której wprost wynikała informacja o kształcie komór, jakie zamierza zastosować Przystępujący.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, iż Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający uprawniony jest do określenia przedmiotu zamówienia, jak i sposobu uzyskania zamówienia. Jeżeli Zamawiający określił, wymiary i kształt komór w SIWZ, a zapisy te nie zostały przez Zamawiającego wprost zmienione, to zapisy te wiążą wykonawców. Podkreślić należy, że w toku całego postępowania zapisy SIWZ dotyczące wymiarów i kształtu komór nie zostały przez Zamawiającego zmienione. Co więcej, w odpowiedziach na pytania wykonawców Zamawiający konsekwentnie wskazywał, że wymogi dotyczące parametrów komór pozostają niezmienione. Wbrew twierdzeniom Przystępującego dopuszczenie zastosowania umocnień wykopów wg normy PN-B10736 nie oznacza, iż wymogi Zamawiającego odnośnie parametrów komór zostały zmienione. Zastosowanie przez Wykonawcę innej metody wykonania wykopów nie może prowadzić do zmiany wymiarów i kształtów komór, gdyż Zamawiający wielokrotnie podkreślał, że te parametry komór nie ulegają zmianie. Zamawiający nie musi znać wszelkich metod wykonywania wykopów, ale uprawniony jest do określenia, jaki rezultat ma powstać w wyniku wykonania wykopów.

Częścią SIWZ był projekt budowlany, którego Zamawiający nie zmienił w trakcie postępowania. Jeżeli w projekcie przewidziano wykonanie komór przeciskowych o wymiarach 6,15x 3,10 dla komory startowej oraz 3,10 oraz 3.10 dla komory docelowej, a Przystępujący oświadczył, że wykonane przez niego komory mają mieć kształt walca o średnicy 2 m, to zachodzi oczywista sprzeczność pomiędzy projektem budowlanym, stanowiącym część SIWZ, a ofertą złożoną przez Przystępującego.

Przystępujący nie wykazał, aby Zamawiający zmienił wymogi z w zakresie kształtu lub wymiaru komór. Przystępujący nie przytoczył nawet treści normy PN-B10736, która miałaby wskazywać, że jej zastosowanie prowadzi do zmiany w zakresie kształtu lub wymiarów komór.

Odnosząc się do twierdzeń Przystępującego dotyczących rozróżnienia pojęcia spełnienia i

spełniania świadczenia należy podnieść, że Zamawiający uprawniony jest do określenia zarówno efektu, a więc przedmiotu zamówienia, jak i sposobu jego realizacji, osiągania, co ma szczególne znaczenie w przypadku robót budowlanych, gdzie cały proces inwestycyjny określony jest precyzyjnie w dokumentacji projektowej, która podlega zatwierdzeniu w decyzji o pozwoleniu na budowę.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie kanalizacji, jednakże, jeżeli przedmiot zamówienia opisuje dokumentacja projektowa, a więc jeżeli ta dokumentacja opisuje wykonanie określonego rodzaju komór i nie została wprowadzona zmiana w projekcie w tym zakresie, to nie jest możliwe dokonywanie jakichkolwiek odstępstw.

Przystępujący powoływał się na wyrok KIO 473/12, w którym Izba uznała, iż Zamawiający nie narzucił wykonawcom jednolitego sposobu kalkulacji w zakresie dotyczącym zajęcia pasa drogowego na czas wykonywania robót, z uwagi na fakt, iż każdy wykonawca w zależności od przyjętej technologii i organizacji robót oraz własnego doświadczenia mógł przewidzieć indywidualne rozwiązania w tym zakresie. Z treści powyższego wyroku wynika jedynie, iż Zamawiający dopuścił indywidualne rozwiązania co do zajęcia pasa drogowego, nie wynika z powyższego, aby Zamawiający wprowadził zmianę w projekcie, lub sposobie spełniania świadczenia określonego w SIWZ. Powyższy fragment dotyczy jedynie sposobu zajmowania pasa drogowego.

Zdaniem Przystępującego podtrzymanie przez Zamawiającego wymagań dotyczących wymiarów komór dotyczyło wyłącznie metody podstawowej, a nie dopuszczonej na późniejszym etapie postępowania. W ocenie Izby taka teoria nie znajduje uzasadnienia. Zamawiający nie zmienił bowiem dokumentacji projektowej. Zamawiający poprzez podtrzymanie wymagania dotyczącego wymiarów komór nigdy nie określił, iż wymogi te dotyczą wyłącznie pierwotnie przewidzianej w SIWZ metody ich wykonania. Zamawiający w sposób ogólny określił, że kształt i wymiary komór nie mogą ulec zmianie, co oznacza, że są one obowiązujące przy zastosowaniu którejkolwiek technologii ich wykonania. Próba podziału wymogów w zakresie wymiarowości komór w zależności od tego, w jaki sposób będzie wykonywane zamówienie jest nadinterpretacją wykonawcy, nie znajdującą potwierdzenia ani w treści SIWZ, ani w treści odpowiedzi na pytania.

Gdyby Zamawiający dopuścił zmianę kształtów komór, zapisał by to wprost w SIWZ.

Przystępujący nie wykazał także, aby komory nie stanowiły przedmiotu zamówienia. Złożone przez Przystępującego dokumenty – Aprobata techniczna IBDiM oraz Etapy wykonywania przewiertów - jako materiał dowodowy nie potwierdzają faktu modyfikacji przez Zamawiającego SIWZ i dopuszczenia przez niego jakichkolwiek odstępstw w zakresie parametrów komór.

W świetle powyższego Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wybierając ofertę, w której zadeklarowano odmienny przedmiot zamówienia od wskazanego w SIWZ.

W ocenie Izby nie można uznać, aby potwierdził się zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego. Nie można orzec wystąpienia ceny rażąco niskiej w przypadku, gdy oferta nie obejmuje przedmiotu zamówienia określonego wymaganiami SIWZ. Skoro oferta Przystępującego nie zawiera przedmiotu zamówienia zgodnego z SIWZ, oznacza to, że oferty są nieporównywalne. Nie można ich także porównać pod względem ceny.

Izba orzeka biorąc pod uwagę stan z chwili zamknięcia rozprawy, na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego. Zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. W ocenie Izby w niniejszej sprawie nie było podstaw do otwarcia zamkniętej rozprawy. Pismo przystępującego z dnia 11 maja 2012 roku nie zawiera nowych okoliczności istotnych dla sprawy, a przedstawia jedynie argumentację, dotyczącą okoliczności już powołanych. Nadto wskazać należy, że argumentacja ta mogła zostać przez Przystępującego powołana przed zamknięciem rozprawy. Z powyższych względów Izba pominęła przy wydawaniu wyroku treść pisma Przystępującego z dnia 11 maja 2012 roku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....