

WYROK
z dnia 31 maja 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 maja 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2016 roku przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „ARMEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, ul. Gen. Stefana Grota-Roweckiego 187, 41-200 Sosnowiec,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Skoczów, ul. Rynek 1, 43-430 Skoczów,**

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Gminie Skoczów - unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy: Mostmarpał Sp. z o.o. z siedzibą w Zarzeczcu jako oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy: Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego „ARMEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty wykonawcy: Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego „ARMEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Skoczów, i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „ARMEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu,** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od zamawiającego: **Gminy Skoczów** na rzecz wykonawcy: **Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego „ARMEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** kwotę **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Bielsku-Białej**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Skoczów [zwana dalej: „zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – w trybie przetargu nieograniczonego - na realizację zadania pn.: *Odbudowa obiektu mostowego (kładka dla pieszych) nad rzeką Wisłą w ciągu drogi gminnej w Ochabach uszkodzonego w wyniku intensywnych opadów deszczu w maju 2014r.*

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164], zwanej dalej: „*ustawą Pzp*”. Wartość szacunkowa zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 kwietnia 2016 roku pod pozycją 93252.

W dniu 17 maja 2016 roku wykonawca - Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „ARMEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu [zwany dalej: „odwołującym”] wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, a w konsekwencji - dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Mostmarpal Sp. z o.o. z siedzibą w Zarzeczcu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na uznaniu, bez dostatecznego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności, iż oferta odwołującego nie odpowiada swą treścią treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia podczas, gdy oferta ta w pełni odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji czynności dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Mostmarpal Sp. z o.o.;
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp polegające na wyborze oferty, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
2. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Mostmarpal Sp. z o.o. z siedzibą w Zarzeczcu;
3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert;

4. obciążenie kosztami postępowania zamawiającego na rzecz odwołującego poprzez zasądzenie uzasadnionych kosztów odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, że posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ w przypadku nie odrzucenia jego oferty zostałaaby ona uznana za najkorzystniejszą, z uwagi na kryteria oceny ofert określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a odwołujący uzyskałby zamówienie i nie poniósłby szkody.

Odwołujący wskazał, że złożona przez niego oferta zawiera jedynie oświadczenie o zapoznaniu się z warunkami zamówienia określonymi w SIWZ i zapoznaniu się z dokumentacją opisującą przedmiot zamówienia. Jest ofertą opracowaną w trybie projektu i buduj, a na etapie przetargu zamawiający nie żądał koncepcji lub projektu wstępnego przebudowy. Dalej stwierdził, że w dniu 6 maja 2016 r. zamawiający wezwał go do przedłożenia wyjaśnień i dowodów na ich poparcie, celem wykazania, że cena oferty odwołującego nie jest rażąco niska, przy czym zauważył, że zapytanie o rażąco niską cenę dotyczyło jedynie dwóch podmiotów pomimo, że w stosunku do czterech podmiotów zachodziły przesłanki określone w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazał również, że w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie odwołujący, pismem z dnia 10 maja 2016 r., przedstawił przyjęte ceny jednostkowe w wycenie robót, ceny kluczowych materiałów zastosowanych w ofercie, czynniki cenotwórcze służące do wartościowania robocizny, pracy sprzętu i kosztów materiałowych, a w załączeniu także oferty materiałowo-sprzętowe. Podkreślił, iż z przedłożonej przez niego (daleko wstępnej) koncepcji przebudowy kładki zamawiający wywiódł niesłuszny wniosek o pozostawieniu dotychczasowej konstrukcji nośnej. Odwołujący zauważył, że załączona przez niego pomocniczo kalkulacja robót ma jedynie zobrazować przyjęte do oferty rynkowe ceny założonych czynności, zaś ostateczne rozwiązanie projektowe zostanie przedstawione w projekcie budowlanym przedłożonym do zatwierdzenia przez zamawiającego i zawierać będzie wszystkie wymogi wynikające z SIWZ. Następnie podniósł, że konstrukcja ustroju nośnego może zawierać fragmenty istniejących dźwigarów pod warunkiem, że szczegółowe badania wytrzymałościowe pozwolą na ich zastosowanie. Jego zdaniem, decyzja co do przydatności istniejących elementów należy do Projektanta, pod warunkiem zgodności z wyliczeniami wytrzymałościowymi i normami budowlanymi. Odwołujący wywodził, że przewidziane przez niego czynności, w dodatkowych dokumentach przedstawionych przy piśmie z dnia 10.05.2016 r., nie są elementami ostatecznego projektu i nie ma żadnych podstaw, aby zamawiający doszukiwał się szczegółowych rozwiązań tam, gdzie ich nie ma. Ponadto, wskazał, że powoływany przez zamawiającego punkt 2a) Programu Funkcjonalno-Użytkowego nie jest równoznaczny ze stwierdzeniem, że rozebrana konstrukcja nośna jest odpadem. W jego ocenie zamawiający w SIWZ nie narzucił sposobu odbudowy, jak i

zaprojektowania kładki, składającego się wyłącznie z nowych elementów. Zdaniem odwołującego, przewidziana przez niego wartość odbudowanej kładki mieści się w powszechnych rozwiązaniach dla tego typu konstrukcji. Zauważył też, iż odrzucenie jego oferty z zarzutem niespełnienia wymagań Programu Funkcjonalno-Użytkowego oraz SIWZ jest przedwczesne i nie może odnosić się do rozwiązań ostatecznego projektu, którego odwołujący nie był zobowiązany dostarczyć na etapie przetargu. Zwrócił uwagę, że powstaje pytanie jak zostały ocenione pozostałe oferty, w kontekście rozwiązań konstrukcyjnych, których nie przedstawiono. Reasumując stwierdził, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego, bowiem oferta ta odpowiada treści SIWZ. Wobec powyższego wnosił o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności zamawiającego oraz dokonanie przez zamawiającego czynności ponownej oceny ofert.

W dniu 30 maja 2016 roku w toku posiedzenia z udziałem stron zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie ma podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przesłanki, określone w art.189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że: *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego*, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z: ogłoszenia o zamówieniu; specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami (w tym Programu Funkcjonalno-Użytkowego i Raportu z przeglądu szczegółowego obiektu mostowego); oferty odwołującego; wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty z dnia 6 maja 2016 roku, skierowanego do odwołującego; wyjaśnień odwołującego z dnia 10 maja 2016 roku, dotyczących ceny oferty; informacji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 13 maja 2016 roku.

Ponadto, Izba uwzględniła oświadczenia i stanowiska stron wyrażone w odpowiedzi na odwołanie (datowanej na dzień 27 maja 2016 roku) oraz wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 30 maja 2016 roku.

Przedmiotem zamówienia jest: *opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót związanych z odbudową obiektu mostowego (kładka dla pieszych) nad rzeką Wisłą w ciągu drogi gminnej w miejscowości Ochaby w gminie Skoczów, uszkodzonego w wyniku intensywnych opadów deszczu w maju 2014 r.*

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia [zwana dalej: „SIWZ”] zawiera m. in. następujące postanowienia:

Załącznik nr 8 do SIWZ – *Program Funkcjonalno-Użytkowy* – pkt 1.1.1. *Charakterystyczne parametry określające wielkość istniejącego obiektu i zakres robót budowlanych* w pkt 2 a) i b) stanowi, że: *„Zakres wykonania przedmiotu zamówienia obejmuje:*

(...) 2. Realizację robót budowlanych polegających m.in. na:

- a) rozbiórkę elementów istniejącej konstrukcji nośnej wraz z utylizacją odpadów,*
- b) wymianę elementów konstrukcji nośnej kładki o parametrach dostosowanych do istniejących dojazdów do obiektu”.*

Zamawiający pismem z dnia 13 maja 2016 roku poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnie, zamawiający wskazał, że w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty odwołujący przedstawił pismo *„stwierdzające, że zaoferowana cena wynika z wielkości obmiarowych przedstawionej przez Projektanta koncepcji”* oraz *„przedłożyli Państwo kalkulację uproszczoną, która zakłada wykonanie nowego ustroju nośnego kładki z wykorzystaniem istniejących starych dźwigarów oraz dołożenie dodatkowego dźwigara w postaci dwuteownika I300.”*. Dalej, zamawiający wskazał, że: *„Tymczasem program funkcjonalno-użytkowy, opracowany na bazie raportu z przeglądu szczegółowego stwierdzającego skorodowanie elementów stali oraz ugięcia ustroju nośnego, obejmuje (pkt 2.a i 2.b):*

- a) rozbiórkę elementów istniejącej konstrukcji nośnej wraz z utylizacją odpadów,*
- b) wymianę elementów konstrukcji nośnej kładki o parametrach dostosowanych do istniejących dojazdów do obiektu.*

Mając więc na uwadze powyższe oferta podlega odrzuceniu.”

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - **Izba zważyła, co następuje.**

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

W ocenie składu orzekającego Izby w niniejszym stanie faktycznym niezasadne było odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odrzucenie oferty na wskazanej podstawie prawnej może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że oferta danego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, przy czym, co wielokrotnie znalazło odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, postanowienia SIWZ powinny być jasne i klarowne, w tym co do sposobu realizacji zamówienia w przyszłości, a jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji postanowień zawartych w SIWZ w tym zakresie nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy [por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2015 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 1148/15].

W istocie spór w niniejszej sprawie sprowadzał się do kwestii interpretacji postanowień SIWZ, w szczególności pkt 2a) i 2b) Programu Funkcjonalno-Użytkowego, stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ, na które powołał się zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego.

Zdaniem zamawiającego, postanowienia SIWZ, w szczególności postanowienia Programu Funkcjonalno-Użytkowego, opracowanego na podstawie Raportu z przeglądu szczegółowego obiektu mostowego (z 2012 roku) wskazywały na konieczność odbudowy obiektu mostowego (kładki dla pieszych) w oparciu o całkowicie nowe elementy konstrukcji nośnej, w tym nowe dźwigary.

W ocenie składu orzekającego Izby powołane przez zamawiającego postanowienia pkt 2a) i 2b) Programu Funkcjonalno-Użytkowego nie wskazują w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, że wykonawca jest zobowiązany do wykonania nowej konstrukcji nośnej kładki w oparciu o całkiem nowe elementy. Z przedmiotowych postanowień Programu Funkcjonalno-Użytkowego wynika jedynie obowiązek wykonawcy do rozbiórki elementów istniejącej konstrukcji nośnej wraz z utylizacją odpadów oraz wymiany elementów konstrukcji nośnej kładki o parametrach dostosowanych do istniejących dojeżdżających do obiektu. Nie jest jednak powiedziane, że wymiana elementów konstrukcji nośnej ma się dokonać wyłącznie w oparciu o całkiem nowe elementy. Z treści SIWZ nie wynika wprost i bezpośrednio zakaz ponownego użycia dźwigarów. Co więcej, sam zamawiający wskazał w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (pkt 1.3. *Wymagania szczegółowe*), iż: *„Wszelkie odpady pochodzące z rozbiórki kładki a nie nadające się do dalszego użycia Wykonawca zagospodaruje i zutylizuje we własnym zakresie i na własny koszt. (...) Materiały pochodzące z rozbiórki, nadające się do dalszego użycia a niewykorzystane do innych robót należą do Zamawiającego”*. Powyższe wskazuje na możliwość wykorzystania materiałów, pochodzących z rozbiórki

kładki i nadających się do dalszego użycia, przy wykonywaniu robót budowlanych, będących przedmiotem zamówienia.

Zdaniem składu orzekającego Izby, słusznie odwołujący zauważył, że SIWZ nie narzucił sposobu odbudowy, jak i zaprojektowania kładki składającego się wyłącznie z nowych elementów. Być może takie było założenie zamawiającego, ale nie zostało ono wprost i wyraźnie wyartykułowane w treści SIWZ, w tym w postanowieniach Programu Funkcjonalno-Użytkowego, na które powołał się zamawiający, dokonując czynności odrzucenia oferty odwołującego. To do zamawiającego należało określenie w sposób jednoznaczny zakresu robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia. Zamawiający, powoływał się w trakcie rozprawy na zły stan dźwigarów głównych, obecnie stanowiących część konstrukcji nośnej kładki dla pieszych (co ma wynikać m.in. z Raportu z przeglądu szczegółowego obiektu mostowego - dokumentacji fotograficznej (karta 3.7), Arkusza spostrzeżeń (karta 4.2. - pkt 8.1.), Załącznika nr 2 – Dziennika niwelacji).

Ponadto, w Programie Funkcjonalno-Użytkowym w pkt 1.1.1. zamawiający zawarł *Opisu stanu technicznego kładki*, w którym wskazał, że: *Po wystąpieniu intensywnych opadów deszczu w maju 2014 r. nastąpiło podmycie podpory nurtowej, wskutek czego doszło do przemieszczenia w pionie oraz odkształcenia dźwigarów głównych, a w konsekwencji do powstania dodatkowych naprężeń w konstrukcji nośnej. Wymyciu uległy zabezpieczenia podpór z narzutu kamiennego (...)*”.

Powyższe jednak nie przesądza o tym, że wykonawca został zobowiązany do wymiany konstrukcji nośnej kładki w oparciu o całkowicie nowe elementy, w tym nowe dźwigary. Zamawiający określając zakres robót nie wskazał, że nowa konstrukcja nośna kładki ma obejmować wyłącznie nowe elementy. Tymczasem, to zamawiający powinien w sposób wyraźny określić swoje wymagania w tym zakresie.

Kolejnym argumentem zamawiającego było to, iż w pkt 1.3. Programu Funkcjonalno-Użytkowego w odniesieniu do konstrukcji zostało użyte określenie: *„Nowy obiekt - kładkę dla pieszych należy zaprojektować w konstrukcji stalowej bądź żelbetowej. Zamawiający nie dopuszcza wykonania z drewna, bądź ażurowych elementów stalowych (...)*”. Podnieść należy, że użycie w tym kontekście sformułowania „nowy obiekt”, nie oznacza jeszcze, że zamawiający przesądził, iż ma być on zrealizowany w całości z nowych elementów. Słusznie wskazywał odwołujący, że w świetle postanowień SIWZ, w tym Programu Funkcjonalno-Użytkowego, przedmiot zamówienia zakłada odbudowę istniejącego obiektu oraz konieczność rozbiórki i wymiany elementów konstrukcji nośnej, ale już nie wynika z tych postanowień konieczność użycia całkowicie nowych elementów w stosunku do obiektu (o czym świadczą choćby pkt 2 f) i 2 g) Programu Funkcjonalno-Użytkowego, zakładające wzmocnienie podpór i posadowienia obiektu.

Odnosząc się do twierdzeń zamawiającego, iż rozwiązanie proponowane przez odwołującego, polegające na wykorzystaniu istniejących elementów konstrukcji nośnej nie jest w stanie zagwarantować wymaganego przez zamawiającego okresu eksploatacji obiektu, tj. min. 50 lat (pkt 1.2.1. Programu Funkcjonalno-Użytkowego) stwierdzić należy, że są to jedynie gołosłowne twierdzenia, nie poparte żadnymi dowodami.

Co do podnoszonej przez zamawiającego kwestii przedstawienia przez odwołującego dwóch sposobów realizacji zamówienia wskazać należy, że nie była ona podstawą czynności podjętej przez zamawiającego w stosunku do oferty odwołującego, a następnie zaskarżonej przez odwołującego. Nawet jeśli uznać, że treść odwołania jest w pewnym zakresie niespójna to nie przesądza to o prawidłowości czynności podjętej przez zamawiającego, a polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w oparciu o wskazane przez zamawiającego okoliczności.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 10 000 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu.

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego, złożonego ustnie do protokołu rozprawy, o zasądzenie kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę, ponieważ odwołujący nie przedłożył jakichkolwiek rachunków w tym zakresie, czy choćby zestawienia kosztów wraz ze szczegółowymi danymi dotyczącymi pojazdu, pojemności silnika, odległości.

Zgodnie bowiem z § 3 pkt 2 lit. a) ww. Rozporządzenia: *Do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej "kosztami", zalicza się: uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby.*

Przewodniczący: