

Sygn. akt: KIO/UZP 183/08

WYROK
z dnia 14 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Członkowie: Ewa Marcjoniak
Jolanta Markowska
Protokolant: Dorota Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **POL-DRÓG SŁUPCA S.A., Słupca, ul. Piastów 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, Poznań, ul. Siemiradzkiego 5a** protestu z dnia 21 lutego 2008 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o., Gniezno, Al. Reymonta 9-11** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, Poznań, ul. Siemiradzkiego 5a 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 uiszczzonego przez **POL-DRÓG SŁUPCA S.A., Słupca, ul. Piastów 1,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, Poznań, ul. Siemiradzkiego 5a** na rzecz **POL-DRÓG SŁUPCA S.A., Słupca, ul. Piastów 1,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa prawnego,
- 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 **POL-DRÓG SŁUPCA S.A., Słupca, ul. Piastów 1.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu prowadzi postępowanie na przebudowę drogi krajowej nr 15 Gniezno – Trzemeszno od km 145+470 do km 151+040, dł. 5,6 km. W dniu 15 lutego 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o.

Na ww. czynność Zamawiającego protest wniosła w dniu 21 lutego 2008 r. firma POL-DRÓG SŁUPCA S.A. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Protestujący wskazał, że:

1. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na brak jednego z dokumentów koniecznych do stwierdzenia czy wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz ze względu na wadliwą gwarancję wadialną.
2. oferta Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ jej treści nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W uzasadnieniu Protestujący podniósł, iż złożony przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. dokument wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej jest wadliwy z uwagi na fakt, iż na dokumencie tym brak jest pieczęci gwaranta.

Protestujący stwierdził też, że oferta Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, gdyż wykonawca ten zaoferował i wycenił:

- chodnik – na podsypce piaskowej,
- ławę pod obrzeża betonowe – również na podsypce piaskowej,

podczas gdy Zamawiający w piśmie z dnia 29 stycznia 2008 r. poinformował, że ww. elementy mają być wykonane na podsypce cementowo – piaskowej (odpowiedzi na pytania nr 25 i 26).

Protestujący wniósł o :

- powtórzenie kwalifikacji wykonawców i w jej wyniku uznanie, że Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
 - uznanie oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. za odrzuconą zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
 - dokonanie powtórnej oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Protestującego,
- względnie o:
- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
 - dokonanie powtórnej oceny ofert i uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Protestującego.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 22 lutego 2008 r. przystąpienie do postępowania protestacyjnego złożyło Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 28 lutego 2008 r. (pismem z dnia 27 lutego 2008 r.) przez jego oddalenie.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego złożenia wadliwego dokumentu wadium przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. Zamawiający stwierdził, że złożony w kasie oryginał ww. dokumentu jest prawidłowy, nie budzący żadnych zastrzeżeń i zawiera wszystkie wymagane pieczęci i podpisy. Poinformował również, że pieczęci są koloru bładoniebieskiego i jego zdaniem dlatego nie są czytelne i wyraźne na kopii dokumentu załączonej do oferty.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający stwierdził, że zwrócił się w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do ww. Wykonawcy z prośbą o wyjaśnienie co zostało wycenione w pozycjach nr 79, 80 i 81. Otrzymał odpowiedź, że ceny jednostkowe zawierają, tak jak wymagała tego specyfikacja oraz rysunki techniczne, wycenę chodnika i obrzeży betonowych na podsypce cementowo – piaskowej. Wykonawca wyjaśnił, że błędny opis ww. pozycji w tabelach jest skutkiem wydrukowania niewłaściwej wersji tabeli i stanowi omyłkę. Zamawiający uznał, że powołanie się w tabeli na właściwe fragmenty specyfikacji stanowiące podstawę wyceny oraz uzyskane wyjaśnienia są

wystarczające i że wycena pozycji nr 79, 80 i 81 zawiera elementy wymagane przez Zamawiającego.

Wobec powyższego, w dniu 4 marca 2008 r. firma POL-DRÓG SŁUPCA S.A. wniosła odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 87 ust. 1 i 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenie kwalifikacji wykonawców i w jej wyniku uznanie, że Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- uznanie oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. za odrzuconą zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- dokonanie powtórnej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej i w jej wyniku odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz uznanie za najkorzystniejszą oferty Odwołującego.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 12 marca 2008 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Twierdzenia Przystępującego o tym, iż odpowiedź na pytania nr 25 i 26 udzielone przez Zamawiającego w dniu 29 stycznia 2008 r. stanowiły wyjaśnienia treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Izba uznała za nieuprawnione. W dokumentacji przetargowej przygotowanej przez Zamawiającego wystąpiła sprzeczność pomiędzy Tabelą Elementów Rozliczeniowych, a Szczegółową Specyfikacją Techniczną. W pozycji 79 Tabeli Elementów Rozliczeniowych przewidziano „wykonanie chodnika z betonowej kostki brukowej gr. 6 cm na podsypce piaskowej”, w pozycji 80 i 81 przewidziano

zaś ułożenie obrzeży betonowych odpowiednio 6x20 cm i 8x30 cm na ławie z piasku. Szczegółowa Specyfikacja Techniczna w części D.08.02.02 „Chodniki z kostki brukowej betonowej” w pkt 1.3 zawiera zapis „Ustalenia zawarte w niniejszej specyfikacji dotyczą prowadzenia robót związanych z wykonaniem chodników (...) na podsypce cementowo – piaskowej gr. 10 cm”, natomiast w części D.08.03.01 „Obrzeża betonowe” w pkt 1.3 przewidziano ustawienie obrzeży betonowych 20x6 cm na podsypce piaskowej kolor szary i ustawienie obrzeży betonowych 30x8 cm na podsypce cementowo – piaskowej. W treści odpowiedzi na pytania Zamawiający usunął ww. sprzeczność wyraźnie stwierdzając, że wymaga, aby zarówno chodnik, jak i obrzeża zostały wykonane na podsypce cementowo – piaskowej oraz że „zmiany zostały naniesione do Tabeli Elementów Rozliczeniowych, zamieszczonej na stronie Zamawiającego pod nazwą Zmodyfikowana TER 2”. Powyższe oświadczenie Zamawiającego należy uznać za modyfikację treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, bowiem o tym czy wyjaśnienia stanowią modyfikację specyfikacji nie decyduje nazwa nadana pismu Zamawiającego, a wyłącznie merytoryczna zawartość pisma. Ponadto, o dokonanej modyfikacji świadczy również fakt zamieszczenia na stronie internetowej Zmodyfikowanej Tabeli Elementów Rozliczeniowych.

Nie można w tym stanie faktycznym postawić Zamawiającemu zarzutu zbyt późnego dokonania modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia lub nieprzedłużenia terminu składania ofert z uwagi na to, że zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający może w każdym czasie przed upływem terminu składania ofert zmodyfikować treść specyfikacji, a obowiązek przedłużenia terminu składania ofert ma zastosowanie wyłącznie w przypadku, gdy niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach (art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych). Zamawiający nie przedłużył ww. terminu, zatem uznał, że dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach nie jest wykonawcom potrzebny. Należy w tym miejscu zauważyć, że odpowiedzi na pytania udzielono w dniu 29 stycznia 2008 r., tj. 3 dni przed terminem składania ofert wyznaczonym na dzień 1 lutego 2008 r. Powyższa czynność nie stała się przedmiotem protestu, zatem należy przyjąć, iż wszyscy wykonawcy byli w stanie uwzględnić wprowadzone zmiany w swoich ofertach. Uchybieniem ze strony Zamawiającego jest nieprzekazanie zmodyfikowanej TER 2 Przystępującemu w tej samej formie, w której została mu przesłana Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia tj. w formie pisemnej. Uchybienie to nie powoduje jednak nieważności czynności modyfikacji specyfikacji, bowiem wszyscy wykonawcy, w tym Przystępujący, otrzymali odpowiedzi na pytania, w których znajdowała się informacja o zamieszczeniu zmodyfikowanego fragmentu dokumentacji na stronie internetowej. Oferta Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. w pozycji 79, 80 i 81 Tabeli Elementów Rozliczeniowych nie uwzględnia zmian wprowadzonych przez

Zamawiającego. Powyższego uchybienia Przystępującego nie można znieść za pomocą wyjaśnień złożonych w dniu 11 lutego 2008 r. z uwagi na to, że wyjaśnienia te stanowią modyfikację treści oferty, zatem stanowią czynność zabronioną art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z uwagi na powyższe, ofertę Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. należy uznać za niezgodną z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wobec czego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych podlega ona odrzuceniu.

Izba nie rozpoznawała zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec cofnięcia tego zarzutu przez Odwołującego na rozprawie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2a i 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*