

Sygn. akt KIO/UZP 1059 /09

**WYROK**  
z dnia 27 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Dagmara Gałczewska-Romek

**Członkowie:** Magdalena Grabarczyk

Ewa Jankowska

**Protokolant:** Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 sierpnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Ryszarda Drabika, prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno - Budowlanych "HYDRAD" inż. Ryszard Drabik ul. Kossaka 123, 64-920 Piła** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Szamotuły, ul. Dworcowa 26, 64-500 Szamotuły** protestu z dnia **14 lipca 2009 r.**

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Szamotuły ul. Dworcowa 26, 64-500 Szamotuły** 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 uiszczanego przez **Ryszarda Drabika, prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno - Budowlanych "HYDRAD" inż. Ryszard Drabik ul. Kossaka 123, 64-920 Piła**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Miasto Szamotuły ul. Dworcowa 26, 64-500 Szamotuły** na rzecz **Ryszarda Drabika, prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno - Budowlanych "HYDRAD" inż. Ryszard Drabik ul. Kossaka 123, 64-920 Piła**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) 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 **Ryszarda Drabika, prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno - Budowlanych "HYDRAD" inż. Ryszard Drabik ul. Kossaka 123, 64-920 Piła**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Gmina Miasto Szamotuły prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest budowa ulic Zakole, Kwiatowa i Owocowa w Szamotułach.

Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r., nr 171, poz. 1058) zwaną dalej „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 4 czerwca 2009 roku pod nr 88007 - 2009

W dniu 8 lipca 2009 r. Odwołujący - Ryszard Drabik, prowadzący działalność gospodarczą p.n. Zakład Robót Inżynieryjno - Budowlanych „HYDRAD” inż. Ryszard Drabik otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że oferta nie odpowiada pkt 1.7 oraz 6.3 SIWZ bowiem, Odwołujący przedłożył harmonogram rzeczowo - finansowy nie uwzględniając wykonania całości robót na ul. Zakole w 2009 r. (sieci wodociągowej oraz robót drogowych). Czynność odrzucenia oferty odwołującego stała się przedmiotem protestu, wniesionego dnia 14 lipca 2009 roku, w którym odwołujący wskazał na naruszenie art. 7, art. 22 ust. 1, art. 26 ust. 3 - 4, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91, art. 92 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w pkt 6.3 SIWZ w nawiasie zawarł informację dla wykonawców, iż w 2009 r. przewiduje się wykonanie sieci wod. - kan. wraz z robotami nawierzchniowymi na ul. Zakole. Odwołujący podniósł, że zapis powyższy jest zapisem nieostrym i skoro zamawiający chciał, aby kwestionowany zakres prac został zrealizowany to należało zapisać to w sposób nie budzący wątpliwości - jednoznacznie np. przez określenie „całość prac dla ul. Zakole należy wykonać do 31 grudnia 2009 r”

Odwołujący wyjaśnił, że w jego ocenie wymóg co do terminu realizacji zamówienia na dzień 30 września 2011 roku dotyczył także ul. Zakole, a ani w projekcie umowy ani w siwz zamawiający nie podał wymogu zakończenia robót w ul. Zakole, lecz tylko sugerował ich ewentualne zakończenie w 2009 r. Odwołujący nie naruszył także postanowień pkt 1.7 SIWZ, gdzie wymagano załączenia harmonogramu rzeczowo - finansowego w rozbiciu na elementy robót.

Odwołujący wskazał, że jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą cenowo 1.969.000,00 zł brutto i jako jedyna kwalifikowała się do realizacji w ramach posiadanych przez Zamawiającego środków finansowych, podanych bezpośrednio przed otwarciem ofert.

Jako niezrozumiałe Odwołujący wskazał działanie zamawiającego, który bez zachowania ustawowych terminów na wniesienie protestu na czynność odrzucenia jego oferty dokonał w dniu 13 lipca 2009 r. wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych S.A.

Odwołujący podniósł również, że na etapie składania ofert załączany harmonogram rzeczowo - finansowy jest tylko wersją wstępną, żaden z wykonawców w tym momencie nie jest w stanie przewidzieć, kiedy Zamawiający zawrze umowę z wybranym wykonawcą oraz kiedy nastąpi przekazanie placu budowy.

Wskazał, że w przypadku powstania jakichkolwiek wątpliwości co do treści oświadczeń, dokumentów i załączników złożonych w ofercie, zamawiający winien wezwać wykonawców w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do ich wyjaśnienia, czego zamawiający zaniechał.

Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do treści harmonogramu, to powinien skorzystać z regulacji art. 87 ust. 1 i miał także obowiązek skorzystać z instytucji poprawek art. 87 ust. 2 pkt 1 i pkt 3. Powołując się na komentarz do prawo zamówień publicznych pod. red. Czajkowskiego wskazał, że ustawodawca dopuszcza zmianę formy opisu np. harmonogramu. Przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zapadłe w podobnych stanach faktycznych.

Zamawiający w dniu 21 lipca 2009 roku protest oddalił, wskazał, że informacje stanowiące treść oferty, a taką jest treść harmonogramu rzeczowo -finansowego, podlegają ocenie w kontekście ich zgodności z wymogami SIWZ, a więc pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niezgodność w tym zakresie jest podstawą do odrzucenia oferty, a sugerowane przez Odwołującego wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp w istocie doprowadziłoby do zmiany treści oferty. Zamawiający wyraźnie wskazał, iż przewiduje wykonanie robót na ul. Zakole w 2009 r., w tym także wykonanie nawierzchni.

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego w dniu 24 lipca 2009 roku, odwołujący wniósł odwołanie, przekazując jego kopię w dniu 24 lipca 2009 roku zamawiającemu. Odwołujący podtrzymał zarzuty i argumentację zawartą w proteście i wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności badania ofert - w następstwie której nastąpi przywrócenie oferty odwołującego do postępowania,
2. powtórzenia czynności oceny (punktacji ofert) - tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do wszystkich ważnych ofert.
3. równego traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.
4. cofnięcia wadliwego wyniku postępowania.

**Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego postępowania, postanowień siwz, oferty odwołującego oraz jej uzupełnienia a także po wysłuchaniu stanowisk stron, zgłoszonych do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie, Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, których uwzględnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania a Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania. Ewentualne uwzględnienie zarzutów, zgłoszonych w odwołaniu, stwarza możliwość uzyskania przez odwołującego przedmiotowego zamówienia, bowiem jego oferta jest ofertą niższą cenowo, w jedynym kryterium oceny ofert jaki jest cena.

W treści ogłoszenia o zamówieniu zamawiający podał w dziale II.2) Czas trwania zamówienia lub termin wykonania zamówienia: zakończenie 30.09.2011. Termin zakończenia robót został również wskazany w pkt 4 na stronie 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (*dalej siwz*). W pkt 4.1 siwz zamawiający podał, że oferta winna zawierać deklarowany przez wykonawcę termin realizacji zamówienia.

W pkt 6.3 siwz zamawiający wskazał, że zdanie inwestycyjne będzie realizowane i finansowane w latach 2009 – 2011 wg poniższych limitów:

2009 r. – 700 000 zł (w 2009 r. przewiduje się wykonanie sieci wod. - kan. z robotami nawierzchniowymi na ul. Zakole),

2010 r.- 720 000 zł,

2011 r. – pozostała część środków wg. oferty przetargowej.

W pkt 1.7 tiret ostatni zamawiający wymagał załączenia harmonogramu rzeczowo - finansowego w rozbiciu na elementy robót.

*Izba zważyła, co następuje:*

Z treści przytoczonych wyżej postanowień siwz, nie sposób wywieść wniosku, że zamawiający wymagał od wykonawców realizacji robót w zakresie sieci wod.- kan. z robotami nawierzchniowymi na ul. Zakole do końca 2009 roku. Zamawiający wskazał jedynie, że „przewiduje się” wykonanie sieci wod.- kan. wraz z robotami nawierzchniowymi na ul. Zakole. Zdaniem Izby, sformułowanie użyte przez zamawiającego w żaden sposób nie zobowiązywało wykonawców do złożenia jednoznacznej deklaracji co do realizacji robót w zakresie sieci wod. - kan i nawierzchni na ul. Zakole w terminie do końca 2009 roku. Skoro dla zamawiającego, jak twierdzi, istotne jest wykonanie robót na ul. Zakole do końca

2009 roku to winien swoje wymagania w tym zakresie jasno i wyraźnie sprecyzować w siwz, czego jednak nie uczynił. Tymczasem jedynym terminem realizacji wymaganym przez zamawiającego, co do którego wykonawcy mieli złożyć stosowne oświadczenie był termin ostatecznego zakończenia robót, wyznaczony na dzień 30.09.2011 i taki termin został przez odwołującego zadeklarowany. Podobnie wzór umowy, załączony do siwz nie wskazywał na konieczność wykonania robót na ul. Zakole do końca roku 2009, podając jedynie w § 8 termin rozpoczęcia i zakończenia wszystkich robót, objętych zamówieniem.

Izba wskazuje również, że zamawiający pozostawił dowolność co do formy graficznego przedstawienia i zakresu, wymaganego w pkt 1.7 tiret ostatni harmonogramu rzeczowo - finansowego, wskazując że ma on zawierać jedynie rozbitcie na elementy robót. Nie nałożył natomiast obowiązku sporządzenia harmonogramu z podziałem na ulice, objęte przedmiotem zamówienia.

Złożony przez odwołującego w ofercie harmonogram rzeczowo – finansowy zawiera rozbitcie na sieć wodociągową, kanalizację sanitarną, deszczową i roboty drogowe w okresie sierpień 2009 do lipiec 2011. Podane przez odwołującego w harmonogramie kwoty za poszczególne roboty nie przekraczają określonych przez zamawiającego w pkt 6.3 siwz limitów kwot, przypadających na roboty wykonane w kolejnych latach. Przedstawiony przez odwołującego harmonogram rzeczowo - finansowego nie zawiera podziału na ulice, objęte przedmiotem zamówienia, nie określa terminów realizacji robót na ul. Zakole, Kwiatowej i Owocowej. Harmonogram wskazuje jedynie, że roboty drogowe zostaną wykonane w roku 2010, co w ocenie zamawiającego świadczy o tym, że odwołujący nie wykona wszystkich wymaganych robót na ul. Zakole do końca roku 2009.

Z przywołanego przez zamawiającego postanowienia § 2 ust. 1 c wzoru umowy wynika, że harmonogram rzeczowo - finansowy stanowi załącznik do umowy i określa zakres rzeczowy robót. Ponadto, jak wynika z treści § 11 ust. 2 wzoru umowy, harmonogram rzeczowo - finansowy ma służyć do rozliczenia umowy w terminach i wartościach w nim określonych.

Zatem celem harmonogramu rzeczowo - finansowego jest określenie zakresu rzeczowego robót oraz rozliczenie realizacji poszczególnych robót a nie, jak twierdzi zamawiający, złożenie deklaracji co do terminów realizacji poszczególnych etapów zamówienia na ulicach objętych zamówieniem.

W ocenie Izby, przedstawiony do oferty harmonogram ma charakter wstępny. Możliwość wprowadzenia ewentualnych zmian i przesunięć w realizacji robót i przypadających płatnościach w przedstawionych w ofertach harmonogramach rzeczowo - finansowych, jest uzasadniona z uwagi na fakt, że w momencie sporządzania tego dokumentu nie jest znany wykonawcom bliższy, przewidywany termin rozpoczęcia robót (podpisania umowy i przekazania placu budowy). Biorąc pod uwagę aktualny stan sprawy, w sytuacji braku zawarcia umowy na przedmiotowe zamówienie publiczne, konieczne są

przesunięcia terminów rozpoczęcia robót, wyznaczonych w złożonych harmonogramach na sierpień 2009 roku, co uzasadnia twierdzenie, że złożone w ofertach harmonogramy rzeczowo - finansowy mają jedynie charakter wstępny i poglądowy.

Podsumowując, Izba zważyła, że wobec braku postawienia w siwz jasnego wymogu co do realizacji wszystkich robót na ul. Zakole w terminie do końca 2009 roku, brak podstaw do odrzucenia oferty odwołującego z powołaniem się na przesłankę określoną w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niezgodność treści oferty z treścią siwz skutkująca odrzuceniem oferty, musi wynikać w sposób jasny z treści tych dokumentów i nie może być domniemywana.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 ze zmianami).

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 Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....